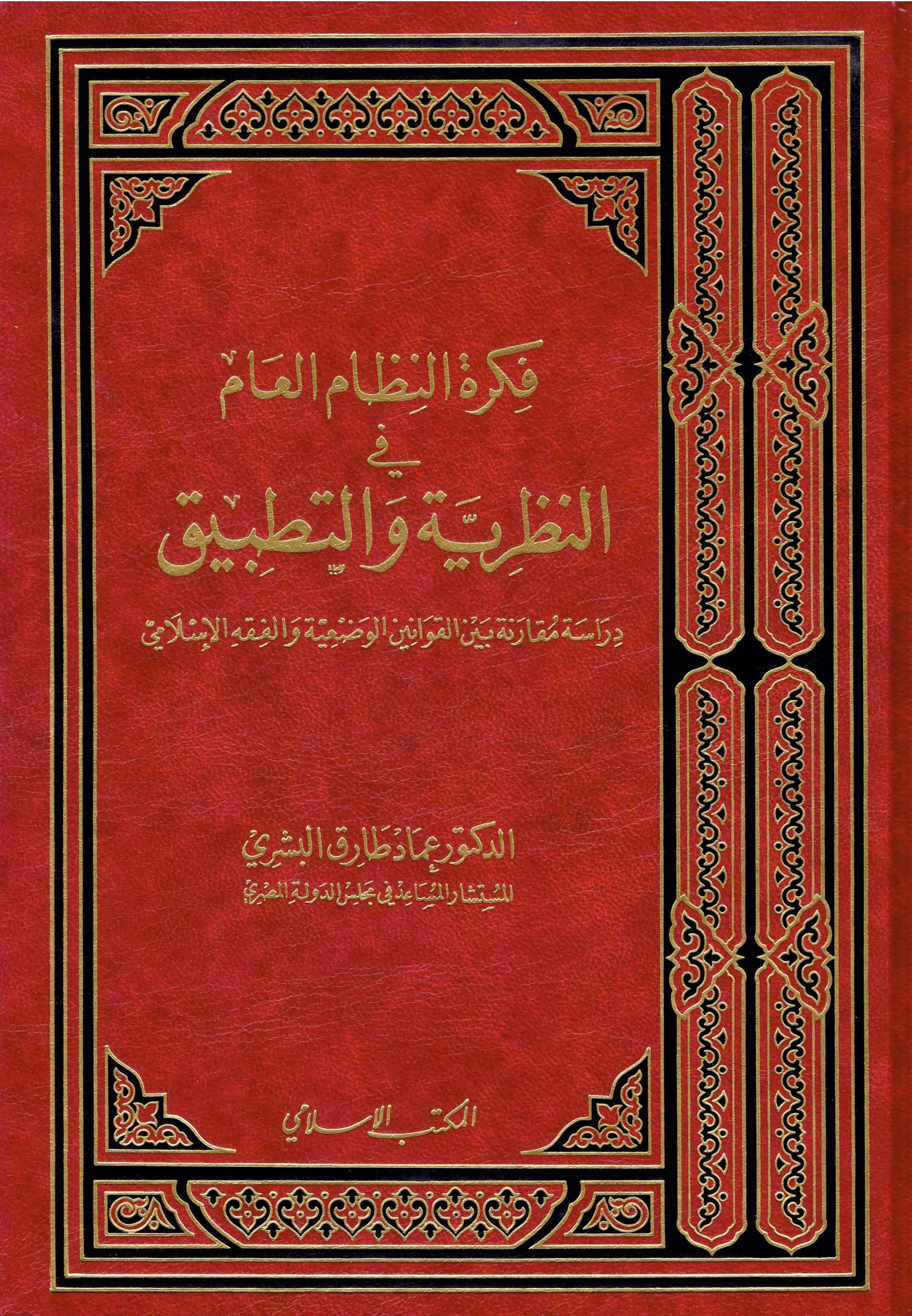

فكرة النظام العام
في
النظرية والتطبيق
دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي
الدكتور عماد طارق البشري
المستشار المساعد في مجلس الدولة المصري
المكتب الإسلامي

فِكرةُ النِظامِ العَامّ
في
النظرِيّةِ وَالتطبِيق

أصل هذا الكتاب
رسالة نال بها صاحبها درجة الدكتوراه في القانون
من كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية
ونالت الرسالة جائزة أحسن الرسائل
لعام ٢٠٠١ ـ ٢٠٠٢ من ذات الكلية

الطبعة الأولى
١٤٢٦هـ ـ ٢٠٠٥م

المكتب الإسلامي

بيروت : ص.ب : ١١/٣٧٧١ ـ هاتف : ٤٥٦٢٨٠(٠٥)
دمشق : ص.ب : ١٣٠٧٩ ـ هاتف : ١١١٦٣٧
عمان : ص.ب : ١٨٢٠٦٥ ـ هاتف : ٤٦٥٦٦٠٥

فِكرةُ النِظام العَامّ
في
النظرِيَّة وَالتطبِيق

دِرَاسة مُقارنة بين القوانِين الوضعِيّة وَالفِقهِ الإسْلاميّ

الدكتور عِماد طارِق البشري

المستشار المساعِد في مجلس الدولة المصري

المكتب الاسلامي

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَٱصْبِرْ نَفْسَكَ مَعَ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ رَبَّهُم بِٱلْغَدَوٰةِ وَٱلْعَشِيِّ يُرِيدُونَ وَجْهَهُۥ ۖ وَلَا تَعْدُ عَيْنَاكَ عَنْهُمْ تُرِيدُ زِينَةَ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ۖ وَلَا تُطِعْ مَنْ أَغْفَلْنَا قَلْبَهُۥ عَن ذِكْرِنَا وَٱتَّبَعَ هَوَىٰهُ وَكَانَ أَمْرُهُۥ فُرُطًا﴾

[سورة الكهف: ٢٨]

إهداء

إلى والديَّ. . .

أمي. . . و. . . أبي. . .

رحمة الحياة وبركتها التي لا تنضب

امتناناً لا ينتهي لبعض من فضلهما

وصبرهما

وحدبهما

فهذا عمل منهما ولهما. . .

شكر وتقدير

يتقدم الباحث بخالص الشكر لأساتذة أجلاء، بدأ معهم هذا العمل الذي أُعد رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، منذ سنوات عدة، غمروه خلالها بالمعونة الدائمة والصبر الذي لا ينفد معينه، لذا كان عليه شكرهم إذ وصل اليوم لثمرة هذا الجهد المتواصل:

فأما الدكتور مصطفى الجمال أستاذ القانون المدني بجامعة الإسكندرية وعميد كلية الحقوق السابق ـ عليه رحمات الله تعالى ـ فقد غمر الباحث بعطفه إذ وافق على مناقشة بحثه مما جعل اسمه يرتبط بهذا العمل فشرف بذلك الباحث وعمله، تشريفاً لم يكن ليقل عن عظيم الفائدة التي جناها الباحث من مناقشة أستاذه الراحل.

وأما الأستاذ الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، أستاذ ورئيس قسم القانون الدولي الخاص بكلية الحقوق جامعة عين شمس فقد قبل أن يناقش الباحث ثقة منه في العمل المقدم له، وفرغ نفسه لقراءته في أمد قصير، فاستوجب ذلك من الباحث جزيل الشكر، متمنياً أن يكون بحثه عند حسن الظن به.

وأما الأستاذ الدكتور عكاشة محمد عبد العال، أستاذ ورئيس قسم القانون الدولي الخاص بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية والعميد السابق لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، فقد عاش مع الباحث على مدار السبع سنوات معاناته في أثناء عمله، وكان صبره وحسن استماعه وشدته في التوجيه والنصح، خير معين

للباحث، في الوقت الذي كانت فيه حكمته أتم قدوة، لذا كان الشكر واجباً

وأما الأستاذ الدكتور محمد كمال إمام، أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، فقد كان نعم الأب الأستاذ للباحث على مدى مدة عمله العلمي، لم يبخل عليه لا بالنصح ولا بالوقت في أثناء البحث، مذللاً له كل عقبة واجهته على المستويات كافة. ولولا متابعته الدءوبة للعمل مرحلة مرحلة، ما استطاع الباحث أن ينجز ما أنجز. فله من الباحث كفاء ما فعل شكراً وعرفاناً دائمين.

وإن ينس الباحث فلا ينس منة أساتذته الأجلاء الدكتور محمد سليم العوَّا والدكتور فاروق عبد البر إذ لم تمنعهم مشاغلهما الجمة عن دعم الباحث طوال مسيرته في كتابة هذا العمل بصنوف من الدعم، التي جاوزت العمل البحثي وامتدت لدروب الحياة كافة، فكان فضلهم مجاوزاً عمل الأساتذة ليرقى إلى ذروة مدارج الأبوة الحقيقية.

* * * * *

وغني عن البيان أن الباحث ينوء وحده بحمل ما قد يكون في هذا العمل من خطأ أو تقصير أو سهو أو غفلة لا يخلو منها إنسان، إذا كل بني آدم خطاء.

والحمد لله في البدء والختام.

مقدمة

١ ـ عني العقل الوضعي المعاصر بمنهجية التنظير، عناية جعلته في حال بحث دائم عن أطر نظرية، يفرغ فيها كل ظواهره المعرفية، فيصير لكل مجموعة من تلك الظواهر إطارها النظري، الذي يكون لها بمثابة القالب، فلا تنفعل الظاهرة إلا من خلاله ولا تتحرك إلا من داخله. إذ وفق النظرية تتحدد أوصاف الظاهرة المحكومة، وتتعين تفسيراً وتحليلاً، فيتم ضبطها وتأطير حركتها، فضلاً عن إمكان التنبؤ بمآلاتها. لذلك فالنظرية هي المحتوى العلمي لبيئة حقل معرفي ما، فهو محتوى يتشكل من مجموع متشابك من القوانين والمبادئ والأسس، التي تتسق ظواهر هذه البيئة المعرفية على أصل من عملها المتناسق. وهو يمثل نموذجاً منهجياً، تعامل على هداه العقل الوضعي مع ظواهر العلوم الطبيعية تعامله مع ظواهر العلوم الإنسانية.

٢ ـ لذلك ففي شأن العلوم الطبيعية، حيث الاستقامة على أصل من السنن الكونية المتسمة بقدر هائل من الثبات، يمكن دراسة كل ظاهرة بمعزل عن تأثير الأخرى عليها، دون أن ينال ذلك من صحة الدراسة أو دقة المتوصل إليه من نتائج، على ما يتيح في النهاية تأسيس إطار نظري ثابت لكل الظاهرة. وعندئذ تنتظم النظرية بإضافة الإطار النظري للظاهرة المبحوث فيها إلى الأطر النظرية للظواهر الأخرى مرتبطة، وهكذا، إلى أن يتوفر إطار كلي لجملة ظواهر الحقل المعرفي المبحوث فيه. ذلك الإطار الكلي هو الذي تتشكل منه النظرية العامة لبيئة الحقل المعرفي لجملة تلك الظواهر المترابطة.

٣ ـ ويبدو الأمر شبيهاً بذلك في شأن الظواهر البشرية كافة، بدءاً من مفردة الوجود الإنساني ذاته، وانتهاءً بحقيقة الاجتماع البشري، مروراً بما يرتبط بكل ذلك من ظواهر جمعية عضوية كالقانون.

على أنه وللطبيعة البشرية التي تتسم بالمرونة والتغير فضلاً عن التشابك بين ظواهرها المترابطة والتعقيد الذي يلحق علاقاتها، فإن الأمر لا يبدو يسيراً يسره في الظواهر غير المرتبطة بصنع الإنسان وعلاقاته. فالعلوم الإنسانية بصفة عامة، تبحث إما في مفردات الإنسان وإما فيما يتصور من حقائق اجتماع بشري. وفي كل حال من هذه الأحوال، يرنو العلم إلى تكوين إطار معرفي متسق، تفسر من خلاله جملة ظواهرِ المفردةِ المبحوث فيها. لتتشكل النظرية في نهاية المطاف من مجموع القوانين والمبادئ

والأسس التي تخص كل ظواهر تلك المفردة. بيد أن صعوبة ما يعترض طبيعة البحث في العلوم الإنسانية، تقدر بندرة ما يحكم العلاقات الإنسانية من ثوابت. فالثابت أمر ضروري دوماً لأي دراسة معرفية، كون الدراسات المعرفية جميعها تتأصل منهجياً، بالبحث في مفردة أو ظاهرة حقل الدراسة، وذلك في ظل عدد من الثوابت تكون بمثابة الأدوات المعملية لأي مختبر، تلك الأدوات التي لا يجوز أن تكون ذات تأثير يذكر في مجرى البحث. وإذ كان سمت الطبيعة البشرية التبدل والتغير فضلاً عن التحول وعدم الاستقرار، إضافة إلى قابلية الحقيقة البشرية لشهود محددات مستجدة. فقد استعصى دوماً التوصل إلى قانون ثابت يصلح للقطع بأهليته لتفسير ظاهرة إنسانية معينة. لذلك غدت الحقول المعرفية للعلوم الإنسانية إطاراً من المعارف النسبية؛ مما أدى بدوره إلى تعدد في التكوينات النظرية لكل ظاهرة. فلم تعد الظاهرة الواحدة تستأثر بتكوين نظري وحيد تُفسر من خلاله فحسب، وإنما تعددت للظاهرة الإنسانية الواحدة تصوراتها النظرية، وجميعها صالح من زاوية منهجية معينة لتفسيرها. الأمر الذي على هداه تعددت النظريات المعرفية لحقائق الاجتماع البشري، وغدا لكل حقل معرفي أكثر من تكوين نظري يمكن تفسير حقائقه على أصل منه.

٤ ـ عند هذه النقطة تحديداً، تبلور للغيب دور آخر، فلم يعد يقتصر الديني على محض اعتبارات وجدانية، تغطي الجوانب الروحية لدى الإنسان وتوفر له طمأنة حماية الملأ الأعلى له. وإنما صار للغيب أهمية بالغة في تقدير جوانب الحياة جميعها، إذ ينطوي على ثوابت في شأن الظواهر الإنسانية تكون بالنسبة لها بمثابة الإطار المرجعي الضابط لتغيرها وتبدلها. فصار الغيب هو المحدد لنسبية الظاهرة الإنسانية المطلقة، بما يبلوره من رؤى تجاه جدوى الحياة، وحكمة الخلق، ومناطات العيش، فضلاً عن المقاصد المبتغاة من الحراك الإنساني. الأمر الذي ما فتئت البشرية جمعاء، ومنذ أصل الخلق الإنساني، ترنو إليه في مقاربات عديدة ومتنوعة، تسعى جميعها إلى سبر غور نظر الغيب إلى حقيقة الوجود الإنساني، ومنتهى رؤاه تجاه الاجتماع البشري، حتى يمكن في ضوء تلك الثوابت دراسة الظواهر البشرية المتغيرة كافة. لذلك فقد كفى الغيب العقل الديني مؤونة البحث عن بناء نظري كلي، ميسراً له سبل دراسة الظواهر الإنسانية، بما وفره من أطر منضبطة تُجرى تلك الدراسات من خلال ثوابتها. وعليه يكون الغيب قد أصل للعقل الإنساني الإطار النظري الشامل الذي ينفعل معرفياً على هدى منه؛ ليتفرغ الأخير لمهمة الدراسات الجزئية في مفردات الظواهر الإنسانية، من خلال ثوابت القيم اللدنية المنزلة، وفق نظره الشامل الذي تتقعد الحقيقة البشرية على أسسها.

٥ ـ وهذا حال تمتع فيه العقل الديني بما حرم العقل الوضعي نفسه منه. فالأخير ولغياب الغيب كلياً عن نظمه المنهجي، أي بغياب بُعد الثابت الوحيد في الحقيقة

الإنسانية، وقف وحده في أنواء النسبية، يسعى لتخريج ثوابت من متغيرات، يعزو إليها - أي لتلك الثوابت - ظواهره المعرفية في شأن أي من حقائق الاجتماع البشري. لذا كان سعيه الحثيث صوب التأصيل النظري، فذاك وحده ما يمكنه من تأسيس مرجعية الثابت التي تستلزمها كل دراسة لأي ظاهرة معرفية في شأن حقائق الاجتماع البشري.

٦ - وإذ كان القانون ظاهرة من ظواهر الاجتماع البشري - فليس هو بمعزل عن كل ما قيل قبل - فقد تباينت دراسته منهجياً وفق أصول العقل الباحث فيه. فالعقل الديني انطلق مباشرة في دراسته صوب جزئياته وفروعه فضلاً عن منهجيات البحث المتعقلة بتخريج أحكامه، دون أن يستشعر حاجة أولية إلى وضع نظرية كلية لأصوله. فتلك النظرية متوفرة ابتداء بما مده إياه الغيب من إطار معرفي كلي شامل، فسر له به حقائق الوجود البشري ومتعلقاتها القانونية الكلية الخاصة بأسس فلسفة البناء القانوني وأصول المشروعية التي تقاس على هدى منها صلاحية أنساق الفكر القانوني الضابطة. الأمر الذي افتقده العقل الوضعي، فبغياب التصور الكلي المسبق الضابط للإطار المعرفي الشامل للحقائق الإنسانية، غاب التصور الفلسفي المسبق لأصول الشرعية ولأسس البناء الفلسفي القانوني، أي غاب كل تصور مرجعي يمكن للعقل الوضعي أن ينطلق، على قاعدة منه، لبناء أسسه القانونية. مما استوجب منه بداية تقعيد نظريات تكون بالنسبة إليه بمثابة الإطار المرجعي الأعلى الذي ترد إليه فلسفة البناء القانوني، وتقاس عليه أسس المشروعية الحاكمة.

٧ - وعليه فعند اضطلاع العقل الوضعي بمهمة بناء نظمه القانونية، انصب جُل اهتمامه على بناء النظريات، التي كانت بالنسبة إليه بمثابة الإطار المرجعي الأعلى، الذي يمثل الضابط للمنظومة القانونية جمعاء، ضابطاً تقاس المشروعية على أساسه، كنظريته في خصوص الحق الفردي، ونظريته في خصوص سلطان الإرادة، ونظرياته المتعلقة بالسيادة داخل المجتمع عندما غاب كلياً العنصر الإلٰهي من نطاق الحكم. الأمر الذي زاده تعقيداً ظهور الدولة القومية الحديثة على مسرح الحدث الإنساني، قوة ثالثة ذات سلطان متنام، دخلت في صراع مباشر مع قوى المجتمع التقليدية، المكونة من الفرد والجماعة فضلاً عن علاقات السلطة التي كانت حاكمة آنئذ. من داخل هذه البيئة المعرفية، ظهرت فكرة النظام العام، لتلعب دورها التاريخي على أصعدة النشاط الجمعي البشري كافة، ظهرت جزءاً من التكوين النظري للأسس المرجعية التي تقاس الشرعية على هداها.

٨ - وثمة محددان أساسيان إليهما يعزى ظهور فكرة النظام العام. أما الأول: فهو نشأة الدولة القومية الحديثة بأبعادها البورجوازية الرأسمالية كافة، فقد ظهرت تلك السلطة على مسرح الحدث السياسي للاجتماع البشري، طارحة نفسها بديلاً عن كل

القوى القائمة بالمجتمع، فتحالفت في البداية مع القوى التقليدية ممثلة في الفرد والجماعة، من أجل الإجهاز على سلطان الحكم الذي كان قائماً وقتذاك، متمثلاً في علاقات التحالف السياسي بين الكنسية والإقطاع. وما إن حققت انتصارها التاريخي على تلك العلاقات السياسية، منفردة بسلطان الحكم، حتى استدارت للقوى الأخرى التي سبق وتحالفت معها، فقامت بالقضاء على كل دور يمكن تصوره للفرد، كما نحت الجماعة جانباً، مستأثرةً وحدها بأدوات الحراك الاجتماعي كافة. فقامت باحتكار القوة احتكاراً كاملاً مؤممةً إياها لصالحها، بحيث لم يعد ثمة استخدام للقوة يمكن أن يكون مشروعاً خلاف استخدامها هي. كما قامت بدور مماثل على نطاق الوضع القانوني، فأممت صناعة القانون تأميماً كاملاً لصالحها، بل أممت أطر المشروعية ذاتها، فلا مشروع إلا ما تعده هي كذلك. وأما المحدد الآخر: فكان تعاصر ذلك مع غياب الدين من ساحة الحدث السياسي الأوروبي حينئذ. فقد حققت العلمانية انتصارها التاريخي على المستوى الفكري، ليغيب الدين كلياً عن ساحة الحراك الاجتماعي غيابه عن ساحة التصور النظري، وهو ما ساهم فيه انتصار الدولة على الكنيسة. وبذلك انفرد العقل الوضعي بأصول التفكير المنهجي، محاولاً وضع نظرياته التي تمثل بالنسبة إليه الإطار المرجعي الأعلى الذي تقاس عليه أسس الشرعية.

٩ ـ في ظل هذا التكوين الفكري السياسي، ظهرت الحاجة لفكرة النظام العام، لتلعب دوراً على المستوى التنظيري، يكافئ الدور الذي كانت تلعبه المحددات الدينية قبل. فإذا كانت التصرفات القانونية الخاصة، قد ابتنيت في ظل الوضعية الغربية على أصل من المفاهيم الكلية لسلطان الإرادة المطلق، فضلاً عن الإطلاق في مكنات الحقوق. كما استوت تصرفات الدولة بمؤسساتها كافة على هدى من السيادة الكاملة للدولة داخلياً، فضلاً عن سلطان هيمنتها على الحراك الاجتماعي أجمع. فقد بدا الوضع القانوني بانعكاساته سابحاً في بحر من إطلاقات. الأمر الذي استلزم انضباطاً ما، يحد من سلطان تلك المطلقات، انضباطاً يحققه إطار يتقرر على أصول من الأوضاع النظرية الحاكمة. إطار يحد ذلك التكوين النظري دون أن ينقلب عليه، وبما يضمن له انتظامه على هدي من أصوله. الأمر الذي باتت معه فكرة النظام العام مكوناً نظرياً يمثل مرجعية ضابطة لأصول مشروعية التصرفات كافة، سواء أكانت خاصة أم عامة.

١٠ ـ لكن الأمر على مستوى الشريعة الإسلامية كان متحققاً على خلاف حاله في المنظومة الفكرية الوضعية. فالشريعة الإسلامية تتأسس كلياً على أصل ما قرره الله تعالى من تصورات نظرية فلسفية للحياة، تلك التي تمثل بأطرها الفكرية المرجعية الحاكمة للعقل البشري وهو بصدد صياغة تصوراته النظرية لظواهر الاجتماع الإنساني. ومن ثم

فلم تثر حاجة في ظل تلك المنظومة الفكرية، لتقرير أصول نظرية عامة تنضبط على هداها التصورات البشرية. إذ إن تلك الأصول قائمة فرضاً بحكم أصل الشرعة الإيمانية بالمنظومة الإسلامية، فالإيمان لن يكتمل إلا بالتسليم المبدئي بالأصول الإسلامية. وعليه فالعقل المسلم وهو بصدد صياغة أوضاعه القانونية، لم يكن بحاجة إلى رسم إطار مرجعي عن طريق تأصيل النظريات كي يقيس عليها أصول المشروعية، فذاك جميعه قائم بأصل الشرعة الإلٰهية. والحاجة للانضباط قانوناً لم تثر بدورها، إذ أن أصل افتراض الأشياء من لدن الوحي السماوي، استقر منضبطاً. فالإرادة بحكم أصل الشرعة ليست مطلقة وإنما هي منضبطة بحدود ما منحها إياها الله تعالى من مكنات، فلا تستوي تصرفاتها صحيحة إلا باستواء إتيانها منضبطةً بالإطار الذي قرره لها الشرع. وكذلك الحقوق محدودة بحكم أصل شرعتها بنطاق من المكنات، بحيث تستقر التصرفات المتعلقة بها صحيحة ما دامت التزمت ذلك النطاق. ومن جانب آخر، فالسلطة السياسية ليست كمثيلها في الدولة القومية، تتمتع بسلطان من الهيمنة المطلقة، وإنما هي مقيدة في أصل شرعتها، بالتزام الحد المقرر ديناً لأصول الحكم، فإن تجاوزته فلا طاعة لها. الأمر الذي لم تحتج معه المنظومة الفكرية الإسلامية لفكرة النظام العام، فأصل مكونها النظري ذاته ينطوي على ما يحول دون افتراض داع أصلي لتلك الفكرة أو لأي مكافئ موضوعي لها.

أهمية الموضوع:

١١ ـ فكرة النظام العام من الأفكار المحورية التي يرتكز عليها النظام القانوني كله، فهي ذات وظيفة لا غنى عنها لأي نظم قانوني وضعي. فمن الوجهة المباشرة تقوم في مجال التصرفات القانونية بضبط الإرادات باعتبارها حداً عليها، فتحد الإرادة الفردية حدها الإرادات الجمعية بل وإرادة الدولة ذاتها. أما من الوجهات غير المباشرة فقد قامت تلك الفكرة بأدوار مهمة متفاوتة، بدايةً من صياغة العقل الجمعي الأوروبي على أصل من مفاهيم الدولة الحديثة ذات المرجعية البورجوازية، وانتهاءً بكونها نافذة الجماعة للإطلال على الساحة القانونية بقيمها وأفكارها الكلية، مروراً بكونها أداة الدولة في الحفاظ على الأنساق القيمية المتبناة من قبلها في مواجهة كل دعاوى التغيير.

١٢ ـ وهذا الأمر أثار لدينا اهتماماً مخصوصاً بهذا المفهوم لمحوريته القانونية، وارتكازه على غير ساحة القانون إذ من جوانبه ما يقف خارج النطاق القانوني في الساحة المعروفة «بما وراء القانون»، حيث الحراك المجتمعي الذي على أصل مما يستقر عليه، يصاغ الإطار الشرعي للمجتمع. وهو ما حدا بنا إلى الشروع في تلك الدراسة وذلك على المستوى الوضعي، مع إجراء مقارنة مع المستوى الشرعي

الإسلامي، لما بين النظامين القانونيين من اختلاف جوهري، اختلاف له فائدته على مستوى تحليل المفهوم، إذ بدراسة الشريعة الإسلامية، المختلفة تأصيلاً عن النظم الوضعي، يمكن إبراز عناصر النظام العام الوضعية بإبراز نقيضها في النظم الديني.

١٣ ـ لذلك تسعى تلك الدراسة للإجابة على بعض من التساؤلات التي تتعلق بالآتي:

(١) تحديد ماهية مفهوم النظام العام، من حيث الخصائص والأركان والمقاصد فضلاً عن المصالح التي يرنو المفهوم صوب تحقيقها.

(٢) مدى إمكان تصنيف قواعد النظام العام إلى مجموعات، بما يفيد إقامة هيكل نظري لمفهوم تلك الفكرة يمكن توزيع قواعده على مستويات ذلك الهيكل المتراتبة.

(٣) رصد موقف الشريعة الإسلامية من كل ذلك، هل عرفت مفهوم النظام العام، وبأقل تقدير هل شهدت أي سمات له، أم أن ثمة ما قام بدوره في النطاق الوظيفي الشرعي، أم أن الأمر لم يحتج إلى تلك الفكرة أو أي من عناصر مفهومها؟

(٤) وأخيراً ما مردود ذلك المتوصل إليها نظرياً على المستوى التطبيقي بالتصورات الفقهية، فضلاً عن مردوده على الاتجاهات القضائية المختلفة؟

١٤ ـ وتنقسم هذه الدراسة إلى ثلاثة أبواب على النحو التالي:

١/١٤ ـ **الباب الأول**: تاريخ فكرة النظام العام؛ وهو دراسة ترنو إلى بحث الفكرة من حيث هي سيرة ذاتية، فيُبحث عن أصول نشأتها وأسباب ظهورها والعوامل السياسية والاجتماعية والاقتصادية الكامنة فيما وراء القانون، التي إليها يرجع فضل بروز الفكرة وتطورها، وحتى تمام تبلورها على نحو ما هي متحققة عليه، إضافة إلى البعد الفلسفي الذي تهيأت على نهجه تلك الفكرة مفهوماً قانونياً أصيلاً في النظم القانونية الوضعية شتى. وعليه فقد انقسم هذا الباب إلى:

(١) الفصل الأول: أساس شرعية الدولة القومية.

(٢) الفصل الثاني: فكرة النظام العام في ظل الحداثة القانونية.

(٣) الفصل الثالث: الأساس الفلسفي لفكرة النظام العام.

٢/١٤ ـ **الباب الثاني**: فكرة النظام العام من الناحية التأصيلية؛ تناولها هذا الباب من خلال منهج تحليلي للتكوين الذاتي للإطار الكلي لمفهوم فكرة النظام العام، في محاولة للتوصل إلى أركان وجودها وعناصر ماهيتها. من خلال هذا التحليل توصل البحث إلى تكوين هيكل مفهوم فكرة النظام العام وقد توزعت قواعد هذا المفهوم في مجموعات على مستوياته المتراتبة. وكان لا بد للبحث من النظر في رؤية الشريعة

الإسلامية لمفهوم فكرة النظام العام في محاولة لاكتشاف الكيفية التي تعاملت فيها الشريعة الإسلامية وظيفياً مع الفكرة. وانقسم هذا الباب إلى فصلين هما:

(١) الفصل الأول: النظام العام في التشريع الوضعي

(٢) الفصل الثاني: النظام العام في الشريعة الإسلامية

١٤/٣ ـ **الباب الثالث**: وهو الجانب التطبيقي لهذا البحث؛ وفيه حاول البحث الكشف عن موقف القضاء من قواعد فكرة النظام العام والإطار الهيكلي لهذه الفكرة وذلك من خلال النظر في ثلاثة مجالات قضائية هي على التوالي:

- النظام العام في قضاء القانون العام (القضاء الدستوري والإداري)
- النظام العام في قضاء القانون الدولي الخاص
- النظام العام في قضاء الأحوال الشخصية

وقد انقسم هذا الباب بدوره إلى ثلاثة فصول عالج كل منها فكرة النظام العام في مجال من المجالات القضائية سالفة الذكر.

أما **خاتمة الرسالة** ففيها بلور البحث الصورة النهائية التي استوى عليها وجود النظام العام عليها، سواء في التشريعات الحديثة أو من خلال التطبيقات العمليه التي أثبتتها الأحكام القضائية.

الباب الأول

تاريخ فكرة النظام العام
(النشأة ـ التطور ـ التبلور)

الفصل الأول: أساس شرعية الدولة القومية.

الفصل الثاني: فكرة النظام العام في ظل الحداثة القانونية.

الفصل الثالث: الأساس الفلسفي لفكرة النظام العام.

بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد

١٥ ـ تظهر محورية فكرة النظام العام، في الاحتياج الحيوي لها بكل النظم القانونية المعاصرة، باعتبارها آلية من آليات الارتكاز القانوني التي تمكن المنظومة القانونية من الاضطلاع بالموكول إليها من مهام. الأمر الذي هيئ لتلك الفكرة وجوداً دائماً مستقراً بجل فروع القانون، إن لم يكن كلها.

على أن فكرة النظام العام ليست فكرة قانونية خالصة، ابتدعها علم القانون فانحصرت فيه وتقوقعت داخله، بل تطالعنا خارج عالم القانون كذلك، لتجد لها مكاناً بين العلوم الإنسانية المختلفة، حيث تقع في منطقة التماس بين علم القانون وعلوم السياسة والاجتماع والاقتصاد. . . . ، فهي مفصل من مفاصل ربط هذه العلوم بعضها ببعض، باعتبارها إحدى قوى التأثير داخل المجتمع والدولة.

ففكرة النظام العام في وضعها المعاصر توصف بأنها صمام أمان حافظ لأي نظام اجتماعي مما قد يتهدد أسسه التي ينبني عليها، فضلاً عن كونها الغطاء الشرعي لدفع حركة المجتمع تحقيقاً لأهدافه، فهي إحدى قاطرات الدفع للمجتمع صوب الأمام وفق قيمه التي يدين بها وأسسه التي ينبني عليها وفي ظل أيديولوجيته الحاكمة. فإذا نظرنا إلى فكرة النظام العام في مجال القانون الخاص وجدناها تُعَرَّف على أنها «الأساس السياسي والاجتماعي والخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة فيها أو بعبارة أخرى هي مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الأفراد، سواء كانت تلك المصالح سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية»[١]. وعليه «فجميع القواعد التي تتعلق بالمصالح الأساسية للجماعة سواء كانت تلك المصالح سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية تعتبر قواعد آمرة لاتصالها بالنظام العام والآداب في المجتمع»[٢].

---

(١) الدكتور سليمان مرقص ـ مدخل للعلوم القانونية ـ الطبعة الثانية ـ ١٩٥٢ ـ دار النشر للجامعات المصرية ـ ص٧٧.

(٢) الدكتور علي سيد حسن ـ مدخل إلى علم القانون ـ الكتاب الأول ـ نظرية القانون ـ طبعة ١٩٨٣ ـ دار النهضة العربية ـ ص١١٥.

وفي نطاق ما يُطلق عليه القانون الاقتصادي عُرِّفت فكرة النظام العام الاقتصادي بوصفها «النظام الاقتصادي الذي يرتكز عليه مجتمع معين، فهو البنيان الذي يقوم عليه المجتمع»[1].

كما عرفت فكرة النظام العام في نطاق القانون العام باعتبارها ما يتحتم على الإدارة صيانته وهي بصدد قيامها بوظيفة الضبط الإداري، حيث ينطوي مدلول الفكرة على إشاعة الأمن العام وصيانة الصحة العامة وتوفير السكينة العامة[2].

وعرّفها القانون الدولي الخاص على أنها «الفكرة التي يراد بها استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمصلحة القانون الوطني (وهو قانون القاضي)»[3]، إذ مؤدى الفكرة استبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إليه لحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، لاختلاف قواعده اختلافاً محسوساً مع القواعد المماثلة الموجودة بالتشريع الوطني، بحيث لو طُبِق القانون الأجنبي لما جاء الحكم عادلاً في نظر المشرع الوطني وقضائه[4].

١٦ ـ اتصال فكرة النظام العام بالمجتمع: يبين من ذلك أن لفكرة النظام العام اتصالاً مباشراً بالمجتمع، فهي مستمدة من مجموع القواعد المعبرة عن القيم والأسس الكامنة بالضمير الجمعي للمجتمع، انطلاقاً من وضعه الفلسفي والأيديولوجي الذي يدين به. والفكرة في ذلك تقوم بدور مزدوج؛ من ناحية تقوم فكرة النظام العام بترجمة هذه الأسس والأصول، سواء الدينية أم المجتمعية أم السياسية أم الاقتصادية... إلخ، في صورة قواعد قانونية ذات طبيعة مخصوصة من حيث إلزامها، أي أن لها قوة إلزام تفوق قوة إلزام القواعد القانونية العادية. ومن ناحية أخرى تقوم بحماية تلك الأسس مما قد ينالها من تهديد سواء أكان داخلياً على يد السلطة أو الأفراد أم خارجياً في صورة اعتداء من قانون أجنبي آخر عليها. وعلى هذا فسوف تظل هذه الفكرة أبداً «منفذاً رئيسياً تجد منه التيارات الاجتماعية والأخلاقية سبلها إلى النظام القانوني لتبث فيه ما يعوزه من عناصر الجدة والحياة»[5].

---

(١) الدكتور محمد عيد الغريب ـ الحماية الجنائية للنظام العام في العقود المدنية في القانونيين المصري والفرنسي ـ طبعة ١٩٨٧ ـ مطبعة المدني ـ ص٣٩.

(٢) الدكتور توفيق شحاته ـ مبادئ القانون الإداري ـ الجزء الأول ـ الطبعة الأولى ـ ١٩٥٤ ـ ١٩٥٥ ـ دار النشر للجامعات المصرية ـ ص٣٣٢ وما بعدها.

(٣) الدكتور حامد زكي ـ أصول القانون الدولي الخاص المصري ـ الطبعة الرابعة ـ ١٩٤٦ ـ مكتبة عبد الله وجيه بمصر ـ ص١٩٧.

(٤) المرجع السابق ص١٩٦.

(٥) القانون المدني ـ مجموعة الأعمال التحضيرية ـ الجزء الثاني ـ مطبعة دار الكتاب العربي ـ ص٢٢٣.

١٧ ـ **مشكلة التعريف**: على أنه بالرغم من عظم أهمية فكرة النظام العام وسمو مكانتها داخل النظام القانوني لأي مجتمع، إلا أنها كانت دائماً من الأفكار المستعصية على التعريف الدقيق. ولعل تلك الصعوبة تعزي إلى نسبيتها ومرونتها. فهي فكرة تختلف باختلاف الزمان والمكان بل والأحوال، تتأثر بشكل مباشر بوجهة النظر الجمعية إلى القانون ووظيفته وإلى الدولة ومهمتها[١]، حسب الأيديولوجية الفلسفية الحاكمة لهذا المجتمع أو ذاك. فما يعد في زمن معين من النظام العام قد لا يعد كذلك في زمن آخر في نفس المكان؛ فنظام الرق الذي لم يكن مخالفاً للنظام العام في مصر في النصف الأول من القرن التاسع عشر، غدا مخالفاً له في نصفه الثاني[٢]. وكذلك ما يعد في دولة ما من النظام العام قد لا يعد منه في دولة أخرى بذات الحقبة الزمنية؛ فنظام تعدد الزوجات الذي لا يخالف النظام العام في الدول الإسلامية بل قد يُعد في بعض مجتمعاتها من أهم قواعد النظام العام ـ اجتماعياً واقتصادياً ـ، يعتبر مخالفاً للنظام العام في الدول الأوروبية[٣]. بل داخل الدولة الواحدة قد يتغير النظام العام من منطقة إلى أخرى حسب اعتبارات متعددة منها الأنساق القيمية الأخلاقية السائدة.

١٨ ـ كما أن مضمون الفكرة ذاتها يتراوح بين الضيق والاتساع تبعاً للمذهب العقدي، وبالتالي السياسي، السائد لدى الجماعة؛ فحيث يسود المذهب الفردي تضيق فكرة النظام العام وتقتصر على عدة قواعد أساسية، وحيث يغلب المذهب الاشتراكي تتضخم وظيفة الدولة وبالتبعية تتسع دائرة النظام العام. فالحرية الفردية وإطلاق عنان سلطان إرادة الفرد على نحو يمنع الدولة من التدخل في شؤونه الخاصة، يضيقان نطاق الفكرة في ظل المذهب الفردي الحر. حال نجد نقيض ذلك في ظل المذاهب الاشتراكية، حيث تتوارى المصالح الخاصة في سبيل المصالح العامة وتطلق يد الدولة في شؤون الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية كافة، فيتسع نطاق هذه الفكرة[٤].

١٩ ـ كذلك تعزى هذه المرونة وتلك النسبية إلى الاستخدامات المختلفة للفكرة، فهي وإن كانت في محصلتها النهائية تستخدم آلية لإبراز كليات الجماعة الثابتة التي لا يجوز مخالفتها أو غض الطرف عنها أو العدوان عليها بأية صورة من الصور، إلا أن هذه المهمة تتباين مظاهرها من فرع قانوني إلى فرع آخر، فهي ضابط للتمييز بين القاعدة الآمرة والقاعدة المكملة (المفسرة) في فهم نظم القانون الخاص ـ مع تحفظنا الذي سوف يأتي بيانه على ذلك المفهوم ـ، وهي أداة حل التنازع بين القوانين في الزمان والمكان، سواء لتغليب قانون جديد على آخر قديم بالنسبة إلى الأعمال التي تمت في

(١) الدكتور سليمان مرقص ـ المرجع السابق ـ ص٧٨.

(٢) الدكتور علي سيد حسن ـ المرجع السابق ـ ص١١٥.

(٣) المرجع السابق ـ ص١١٥.

(٤) المرجع السابق ـ ص١١٦.

ظل القانون القديم أم لتغليب القانون الوطني على آخر أجنبي بالنسبة إلى مسائل كانت تقضي قواعد القانون الدولي الخاص بتطبيق القانون الأجنبي عليها[1]. فضلاً عن أنها أداة مهمة في يد القاضي، لفحص مشروعية العمل، للقضاء بإبطاله إن وجده مخالفاً لها.

٢٠ ـ نطاق فكرة النظام العام أوسع من القانون: وليس أدل على اتساع نطاق الفكرة عن علم القانون إطلالاً على العلوم الاجتماعية الأخرى، ولا أدل على مرونتها ونسبيتها المترتبة على ذلك، مما حدث إبان وضع القانون المدني الألماني. إذ جرت مناقشات هامة عنيفة بوجه خاص في مجلس الريشستاج ـ مجلس النواب ـ انتهت إلى استبعاد نصوص مختلفة جاء فيها ذكر العقد المخالف للآداب والنظام العام، باعتقاد أن نظرية النظام العام تنطوي على فكرة عامة مجردة قد تترتب عليها نتائج بالغة الخطورة، من بينها إباحة القاضي لنفسه أن يتخذ من النظام العام نظرية فلسفية ودينية يبنيها على مجموعة المبادئ الدستورية أو سياسة التشريع العامة أو على رأيه الخاص في المسائل الاجتماعية والفلسفة الأخلاقية أو الدينية. وهو ما انصرف معه المجلس المذكور عنها نافراً منها[2]. تلك المخاوف التي سيطرت على واضعي القانون الألماني، هي في حقيقتها انعكاس صادق لمرونة الفكرة ونسبيتها ومجالات عملها في العلوم الاجتماعية وتعدد وظائفها. ولهذا كله كان تعذر ضبط الفكرة وعسر تحديدها بالرغم من المحاولات الحثيثة التي حاولها الفقه والقضاء بغية نحت تعريف منضبط لها. وما هذا البحث ـ في حقيقته ـ إلا محاولة من هذه المحاولات التي ترمي إلى استظهار وجه العبقرية في هذه الفكرة، على الرغم من الصعوبات التي تكتنف ذلك من وجوه شتى. فنظراً لتلكما المرونة والنسبية الشديدتين اللتان تتميز بهما، تمتعت الفكرة بقدرة هائلة على مجاراة التحولات الاجتماعية والسياسية والأيديولوجية والفلسفية والدينية والأخلاقية، التي تمر بها الجماعة، آخذة بيد القانون ـ هذه المجموعات من القواعد القانونية الجامدة ـ لمواكبة هذه التغيرات على نحو متحرك فعّال، يحمي النظام القانوني من خطر مجاوزة المجتمع له. فهي تعد قاطرة تحريك النظام القانوني على نحو متلائم مع حركة المجتمع، حتى لا يتخلف عنه فيعجز عن تلبية متطلباته، وحتى لا يسبقه فيوقع الأفراد في الحرج بتقرير قواعد لا عمل لها في المجتمع.

٢٠/١ ـ على أنه تجدر الإشارة إلى أن فكرة النظام العام من مهامها الرئيسية إبراز الثوابت والمتغيرات الحضارية لكل جماعة، فتكشف عما يعد أصولاً وكليات ـ ثوابت ـ لا يمكن تجاوزها أو مخالفتها، مما ينبني عليه كل مظاهر العمران الحضاري داخل

---

(١) الدكتور سليمان مرقص ـ المرجع السابق ـ ص٧٨.

(٢) القانون المدني الأعمال التحضيرية ـ الجزء الثاني ـ ص٢٢٣.

الجماعة ـ أو جلها ـ، ويتم وفقاً لأسسها مواجهة متغيرات الواقع الذي لا بد لانضباطه أن يتم وفقاً لضوابطها، وما لا يعد من الأصول والكليات ـ أي ما ليس بثابت ـ مما يجوز إخضاعه لجميع أشكال التغيير والتعديل حسب المتطلبات الحضارية التي تتحدى الجماعة. وهذا الدور نفسه تلعبه الفكرة في المجال المقارن بين ثوابت كل أمة وثوابت أية أمة أخرى. بل إن دراسة فكرة النظام العام دراسة تاريخية، انما تفيد في تبيان ما إذا كانت الإنسانية فى تاريخها القانوني الحديث قد عرفت قانوناً عاماً اتسم بالثبات على مر الأزمان في كل الأماكن وتحت ضغط الظروف كافة، على الرغم من التنوع الهائل في المعطيات، أم لا. وهي كلها أمور نرجو أن يساهم هذا البحث في استجلائها.

٢١ ـ تقسيم: ترتبط فكرة النظام العام، نشأةً وتطوراً، بظهور الدولة القومية في أوروبا. وقد اقتضى هذا الظهور تطوراً طويلاً في التاريخ السياسي الأوروبي، عبر العصور الوسطى مروراً إلى العصر الحديث. وهو تطور يخرج أمر التعرض له عن إطار هذه الدراسة، ولم يكن وقوعه في كل أنحاء أوروبا على وتيرة واحدة، بل تعددت صوره: فتطور النموذج الإنجليزي يختلف عن ذاك الخاص بالنموذج الفرنسي وكلاهما يتميز عن النموذج الإيطالي أو الألماني، على الرغم من أنها تطورات جاءت متعاصرة وفي ذات الاتجاه، ما أفرز اوربا الحديثة، المكونة من عدد من الدول القومية، وحيث تدار كل دولة منها بحكومة مركزية تتمتع بالخصائص التي لا تزال تلازم «الحكومة المركزية» حتى اليوم.

وقد انتقل نموذج الدولة القومية من أوروبا إلى العالم الإسلامي ـ بعد سقوط دولة الخلافة العثمانية ـ وإلى العالم كله، بفعل الموجات الاستعمارية الأوروبية، وبالتأثير القوي للحضارة الأوروبية على مختلف حضارات العالم.

على أنه كان من أجّل الخصائص التى لازمت الدولة القومية ـ وهو ما يعنينا في بحثنا ـ أنها احتكرت عوامل القوة، ولم تسمح لأحد ـ فرد أو جماعة ـ أن ينافسها فيها، فاحتكرت سلطة الحكم السياسي بعد أن قضت على النفوذ الزمني للكنيسة، واستلزمت خضوع الأفراد ـ مواطنيها ـ التام للقانون الذي احتكرت سلطة سنَّه، فضلاً عن سلطة الحكم به بين الناس عن طريق جعل القضاء سلطة من سلطات الدولة، شأنه شأن التنفيذ والتشريع. وهذا يدعونا إلى تقسيم هذا الباب إلى ثلاثة فصول:

الفصل الأول ندرس فيه: أساس شرعية الدولة القومية.

والفصل الثاني ندرس فيه: فكرة النظام العام في ظل الحداثة القانونية.

والفصل الثالث ندرس فيه: الأساس الفلسفي لفكرة النظام العام.

الفصل الأول

النشأة

أساس شرعية الدولة القومية

٢٢ ـ تمهيد: تمكنت السلطة الزمنية داخل المكون السياسي الاجتماعي الأوروبي ـ بالرغم من تنوع اشكاله ونماذج تطوره ـ، من تحقيق انتصارها التاريخي على السلطة الدينية، بما تمكنته من امتصاص الكنيسة في البداية لتصير إحدى مؤسسات الجماعة ـ بعد أن كانت صاحبة السلطان المهيمن عليها ـ، ثم بعد ذلك بتهميش دورها وحصره بأضيق الحدود الدينية المحضة. وهو انتصار أنجزته السلطة الزمنية يماثل ذاك الذي استطاع أن يحققه المركز داخل هذه السلطة الزمنية في مواجهة الأطراف بإخضاعهم لسلطانه. وبذلك تهيأت للظهور الدولة القومية العلمانية ذات السيادة، باعتبارها النموذج الأمثل لما يتعين أن يصير إليه شكل نظام الحكم في الجماعات الأوروبية، حيث يتمركز سلطان الملك مبلوراً حوله الهياكل السياسية للدولة، وحيث تتمكن الهياكل الاجتماعية ـ المتمايزة حسب المعايير الاقتصادية ـ من أن تبرز لكينونتها وجوداً متميزاً عن ذاك المركز.

٢٣ ـ احتكار عوامل القوة: عمدت الدولة القومية الحديثة، وهي بصدد دعم مركزها على المستويين الداخلي والخارجي، إلى مصادرة أشكال الشرعية السياسية والقانونية كافة لصالحها، مما حقق لها ـ من ضمن ما حققه ـ تراكماً في مواردها المالية، مكنها من الإنماء المطرد لمؤسساتها، سواء على مستوى التكون الهيكلي أم على مستوى التطور المؤسسي الداخلي[١].

ففي قفزة نوعية غير مسبوقة خلقت الدولة من فكرة الأمن نبعاً هائلاً لتأكيد الاحتياج الدائم إليها، فوظفت مفهوم الأمن توظيفاً نفعياً، أضحى معه سنداً لشرعيتها ومسوغاً لقوتها. فقامت بمصادرة العنف لصالحها، بحجة حماية أمن الدولة من الداخل والخارج، في خطوة هامة لم تكن لتعني تحريم العنف، قدر ما كانت انعكاساً لتصورها التنظيمي له، على نحو ما يضفي عليه شرعية حسب مفاهيمها، وغدت وحدها صاحبة القوة الوحيدة داخل المجتمع التي يمكنها ممارسة العنف[٢]. وبالآن ذاته صعدت من

---

(١) برتران بادي ـ الدولتان (السلطة والمجتمع في الغرب وفي بلاد الإسلام) ـ ترجمة لطيف فرج ـ الطبعة الأولى ـ دار الفكر للدراسات والنشر والتوزيع ـ ص١٢٦.

(٢) المرجع السابق ـ ص١٢٧، ص١٢٨.

الإحساس الداخلي بالخطر الخارجي، كي تظهر أمام المجتمع بصفتها الهيئة الوحيدة المؤهلة بل والقادرة على حمايته، مما يتهدده من تلك المخاطر التي تتربص به، وقد كانت المنازعات الدولية فرصة ثمينة لها لتأكيد هذه المعاني.

٢٤ ـ احتكار القانون: والأمر ذاته أتته على مستوى القانون، بداية بتهميش دور العرف بوصفه مصدراً للقانون، ما مكنها من إضعاف سلطان الجماعة على القانون. فالجماعة هي مصدر العرف الذي يصبح باستقراره نافذتها إلى إطار المشروعية، فإذا تقلص دوره في صناعة القانون فإن ذلك يعني مباشرة تقلصاً مماثلاً لدور الجماعة في سلطان صناعة المشروعية التي يقوم عليها المجتمع. ثم في خطوة تالية، كان استلهام النهج الأكويني لإزالة صفة القدسية عن القانون، باعتباره عملاً عقلياً وضعياً على قاعدة من كونه عملاً إنسانياً قابلاً للتطويع الدائم من جانب الدولة عند الاقتضاء، تحقيقاً للخير العام المشترك. إلى أن بلغت تلك السياسة ذروتها بمصادرة العملية التشريعية جملةً، بواسطة مؤسساتها، ما أفاد احتكارها للقسر الشرعي داخل الجماعة[١]. لذا يذهب اللورد دينيس لويد إلى أن السيادة تعني شيئاً أكبر من فكرة الحاكم الأسمى صاحب السلطة غير المقيدة في الحكم، فالسيادة عنده ترتبط أساساً بصنع القانون أكثر من ارتباطها بالسلطة التنفيذية العليا والسلطة القضائية، فالسلطان أو الحاكم هو الذي يتولى سلطة التشريع داخل المجتمع، وبفضل قدرته على تغيير القانون ينعت مالكاً للشرعية العليا في الدولة[٢]. الأمر الذي يتبين لنا من خلاله، إلى أي حد سيطرت الدولة على آليات صناعة الشرعية داخل المجتمع، حتى غدت تلك المكنة ركناً ركيناً لماهية الدولة، ليس لها من وجود دونه.

٢٥ ـ ظهور الفكر الفردي: هذا على صعيد الدولة المكون السياسي للجماعة، أما على صعيد الجماعات الأوروبية ذاتها، فثمة تطور جمعي فكرى لم يكن ليقل أهمية عن مثيله السياسي. فإلى عصر النهضة الأوروبية يرجع فضل تخليص الفكر من نزعات الإعراض عن مباهج الدنيا، والتحول عن حياة التقشف والحرمان. وبات العقل الجمعي الأوروبي معتنقاً عقائد ذات نزوع دنيوي، صار معها العمل في الدنيا وحده هو المحقق لمطالب الحياة الأخلاقية، ولم يعد ثمة ما يحول دون التمتع باللذات الحلال المباحة في هذه الدنيا باعتبارها في النهاية من صنع الخالق. ومن ثم فقد انبعثت الروح الفردية من جديد[٣]، وظهرت اتجاهات فكرية أنكرت الروح والنفس وردت العواطف والوجدانيات للذة والألم الحسيين، باعتبار النزعة الإنسانية بالأساس نزعة أنانية، فشهوات الإنسان ورغباته تتجه دائماً لحفظ ذاته، في أنانية تطبع جميع تصرفاته حتى

---

(١) بادي ـ الدولتان ـ المرجع السابق ـ ص١٣٠.

(٢) Dennis Lloyd -The Idea of law - Ibid. P. 170.

(٣) سعد محمد الشناوي ـ مدى الحاجة للأخذ بنظرية المصالح المرسلة في الفقه الإسلامي ـ الجزء الأول ـ الطبعة الثانية ـ ١٩٨١ ـ المطبعة الفنية بالقاهرة ـ ص٣٧٦.

تلك التي يكون في ظاهرها الإحسان والإشفاق[1].

١/٢٥ ـ وفي الوقت نفسه كان الفكر الأوروبي قد بدأ يضع فروقاً بين القانون الوضعي والأخلاق، فيذهب الفيلسوف الإنجليزي هيوم، إلى أن القانون يختلف عن المعايير الأخلاقية، إذ القانون يوجب الإلزام بالتقيد به والنزول قسراً على مقتضاه، فإن خلا من عنصر الإلزام، ما عادت القاعدة لترقى إلى مرتبة القانون. أما الأخلاق فإنها تظل سارية المفعول وان لم يرد ما يوجب قسراً التقيد بها[2].

٢٦ ـ **ظهور المذهب النفعي**: وهكذا ظل هذا النزوع نحو الفردية والمادية في النمو، حتى توج بظهور المذهب النفعي في بداية القرن الثامن عشر على يد جيرمي بنتام، الذي يرجع إليه فضل تطوير ونشر هذا المذهب. تقوم فكرة النفعية على أن سلوك البشر يطغى عليه تأثير اللذة والألم، وسعادة الإنسان تزداد بازدياد اللذة ونقصان الألم، لذا فالنفعية لا تُعنى سوى بما يخدم الإنسان لزيادة سعادته، ومقدار السعادة يتم بقياس حجم اللذة والألم الناتجين عن فعل معين، معتمداً في ذلك معياراً كمياً في قياس السعادة. فسعادة كل إنسان مساوية لقيمة سعادة الآخر، لذا تتجسد الغاية النهائية في سعادة الإنسان بأقصى درجة وفقاً للشعار القائل: «أعظم سعادة لأكبر عدد»[3]. وجاء بعده جون استيوارت ميل، محدثاً تطويراً كيفياً في هذا المذهب بإخضاعه المنفعة الخاصة للفرد، لصالح المجموع، ومن ثم أوجب على الفرد التضحية بمنفعته الخاصة طوعاً في سبيل منفعة المجموع، محولاً مذهب اللذة النفسية إلى اللذة الأخلاقية[4]. وبظننا أنه على الرغم من تعدد المذاهب الفلسفية في هذا الخصوص، التي ظهرت في كل من أوروبا والقارة الأمريكية طيلة القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، وعلى الرغم من الفروق الداخلية بينها، فقد ظلت فكرة السعادة الحسية الناتجة عن زيادة اللذة ونقصان الألم هي الهاجس العام المسيطر عليها، وهو أمر يمكن التسليم معه، في اطمئنان، بأن المنفعة الحسية أو المصلحة المادية، غدت المقصد العام والبغية الغائية لحركة الحياة، حيث يضحى الإنسان فرداً مطلقاً هدفاً وغايةً بحد ذاته[5].

٢٧ ـ **سيادة مذهب الحرية الفردية**: وقد اتخذ الفكر الفردي في القرنين المذكورين شكلاً اقتصادياً متميزاً، فقد أصبحت الفردية بتأثير الثورة الصناعية ونمو المشاريع

---

(١) هكذا ذهب توماس هوبز ـ سعد الشناوي ـ المرجع السابق ـ ص٣٨٠ وما بعدها، من أراء فلاسفة القرن السابع عشر والثامن عشر حيث تحمل ذات المفاهيم.

(٢) Dennis Lloyd - The Idea of law - Ibid. P. 96.

(٣) Dennis Lloyd - The Idea of law - Ibid P. 98-99.

(٤) سعد الشناوي ـ المرجع السابق ـ ص٣٩٦، ص٣٩٧.

(٥) والحق أن هذه المسألة أكثر تعقيداً وتركيباً من عرضنا ذاك، ولكننا أثرنا عرضه في أبسط صورة وبالقدر الذي يمكننا الاستفادة منه.

الرأسمالية، عقيدة فلسفية تطورت على قاعدة من الشعار السياسي الاقتصادي «laissaz-faire» عدم التدخل أو حرية العمل. فالفرض الذي ساد تلك الحقبة ـ وما زال سارياً إلى يومنا هذا ـ، أن على القانون أن يتحاشى ما أمكن التدخل في حرية العمل الفردي، خاصة الاقتصادي منه، ما قيل معه أن المجتمع ما تطور إلا نتيجة للانتقال من الوضع التشريعي إلى الوضع التعاقدي، حيث حرية الفرد في إبرام ما يشاء من تعاقدات هو رمز المجتمع المفتوح المتطور. وعليه صار أحد أهداف الدولة حماية الحرية الفردية والحفاظ عليها ومساندتها، مع تقويض كل محاولة لتقييد تلك الحرية الفردية خاصة الجانب الاقتصادي منها.

٢٨ ـ ظهور مذهب الرخاء الاجتماعي: إلا أنه وعلى مستوى آخر، وفي ردة فعل عكسية، ظهرت فلسفة أخرى اجتماعية تشدد على قيم الرخاء الاجتماعي، فترى وجوب تدخل الدولة ـ المشرع ـ لخلق ظروف تحقيق هذا الرخاء، وبهذا تعينت الجماعة محوراً لغاية التيار النفعي، ولم تعد مصلحة الفرد وحدها هي الغاية السامية لأنصار المذهب النفعي، بل غدا أيضاً صالح المجتمع بأكمله ورفاهه هدفاً هو الآخر. ولعل الدافع إلى هذا كان سببه التطبيق الحرفي لمفاهيم حرية العمل المطلق وفق قوانين السوق الاقتصادي المفتوح، بما رتبه من إصابة قطاع واسع عريض من الناس بالبؤس والفقر واليأس، ما أدى إلى ظهور الوجه البائس لمبدأ حرية العمل ومنع التدخل مقابلاً لوجه فضائله[١]. والحق أنه عن طريق هذه الفلسفة ذات النزعة الاجتماعية، تمكنت الشعوب من الحصول على مكتسبات جمعية بالقرن العشرين، كان من العسير الحصول عليها في ظل فلسفة النفعية الفردية والحرية الاقتصادية المطلقة التي سادت القرنين السابقين.

بناء شرعية الدولة القومية:

٢٩ ـ الحق الإلهي: حاولت الدولة القومية الحديثة عند ظهورها في القرن السابع عشر، الاستناد إلى أفكار التفويض الإلٰهي لتبرير شرعة وجودها، بحيث يرد هذا الوجود إلى قوة الإلٰه الأعلى الذي أوجدها، وأوجد معها شخصاً ناط به حق الحكم السياسي بها. وكانت تلك النظرية هي سند شرعية الحكم الملكي بفرنسا حتى منتصف القرن الثامن عشر[٢]. ويغلب على الظن كونها محاولة من الحكام، لإحياء دولة على نهج الإمبراطورية الرومانية المقدسة، حيث كان الإمبراطور حاكماً بالإرادة الإلٰهية، المتجهة لتفويضه أمانة حكم رعاياه، الذين بدورهم تجب عليهم طاعته دون مناقشة أو محاسبة،

---

(١) Dennis Lloyd - The Idea of law - Ibid. P. 200-201-202

(٢) الدكتور السيد صبري ـ مبادئ القانون الدستوري ـ الطبعة الرابعة ـ ١٩٤٩ ـ مكتبة عبد الله وهبة ـ ص١٢ وما بعدها.

بما له من حقوق السمع والطاعة والامتثال[١]. إلا أنها كانت بمثابة من يريد سباحة ضد التيار، فأنوار الفكر الإنساني ـ اللاديني ـ كانت قد تغلغلت في قطاعات عريضة من النخب الأوروبية ذات التأثير الفعال على مجرى الحدث هناك، من علماء وفلاسفة ومفكرين، فضلاً عن أبناء الطبقة الوسطى الصاعدة الأقوياء بسيطرتهم على دعائم الاقتصاد الأوروبي. ما عسر معه تقبل أي أساس ديني إلٰهي، سنداً لمشروعية الحكم، فضلاً عن عدم تقبل الإطلاق الاستبدادي لمثل ذلك الحكم. وعليه فسرعان ما تحول الأمر، لتهبط أسس الدولة من سند في السماء إلى أسانيد في الأرض، ولتبدأ محاولات تبرير شرعيتها، تجد في العقل حداً لها دون الغيب، فكانت نظريات العقد الاجتماعي.

٣٠ ـ **نظريات العقد الاجتماعي**: الحق أن نظريات العقد الاجتماعي تتأصل جميعها على فروض غير واقعية ـ بل يمكن اعتبارها هي الأخرى فروضاً غيبية ـ، ألا وهي كون الناس قد التقوا، ليبرموا فيما بينهم عقداً بمقتضاه نشأت الدولة[٢] ـ على اختلاف فلاسفة العقد الاجتماعي في وجهاتهم بخصوصه ـ. فيذهب توماس هوبز نصير العرش الإنجليزي، المتطلع لسلطان ملكي مطلق، إلى أن الوضع الطبيعي للإنسان قبل ظهور الدولة، كان حال كفاح مستمر وصراع وتدافع مع غيره من البشر، ما اضطره بدافع من غريزة البقاء، إلى الاتحاد مع أبناء جنسه، في تعاقد من شأنه توليته رئيساً عليهم، يتنازلون له عن حقوقهم كافة، نظير ما يوفره لهم من عيش مطمئن. وفي الوقت ذاته، فإن هذا الحاكم ليس بطرف في ذاك التعاقد، إذ ينعقد له سلطان التصرف بلا قيد ولا شرط. حال يذهب جون لوك، نصير الملكية المقيدة، إلى أن الوضع الطبيعي للإنسان، يتمثل في سكونه بحال أمن وسلام، وعليه فكي يتنازل عن قدر من حقوقه لصالح حاكمه فليس ثمة بدٌّ من أن يوفر له هذا الحاكم وضعاً أفضل من حاله السابق، الأمر الذي لا يتنازل معه الفرد عن حقوقه إلا بالقدر الذي يسمح بإيجاد سلطان الحاكم، وفق ما يوفره للأفراد من أحوال فضلى. والحاكم بهذه النظرية، يعد أحد أطراف العقد، يتقيد حقه في البقاء في الحكم، بإلتزامه الشروط المحددة، وإلا جاز فسخ التعاقد. وأخيراً ذهب جان جاك روسو أحد أصحاب التأثير الفكري الطاغي على الثورة الفرنسية في نهاية القرن الثامن عشر، إلى أن الوضع الطبيعي للإنسان كان أسعد أحواله إطلاقاً، إذ كان متمتعاً بكامل حريته، ولكن لكثرة تعداد الأفراد وتشابك مصالحهم زادت بواعث الشر، ما اضطر معه الإنسان إلى الانضمام مع غيره، في تعاقد يتنازل بمقتضاه للجماعة عن جزء من حقوقه وحرياته، مقابل تمتعه بصيانة الجماعة لحقوقه، وذلك في حال من المساواة المطلقة بينه وبين الجميع. الأمر الذي تولد معه أو بسببه عن هذا التعاقد إرادة

---

(١) د/ يحيى الجمل ـ الأنظمة السياسية المعاصرة ـ دار النهضة العربية ـ ص٥٩.

(٢) المرجع السابق ـ ص٦٢.

عامة هي إرادة المجموع، إرادة الأمة صاحبة هذا السلطان على الأفراد جميعاً وبذلك حلّت الجماعة في السلطان محل الحاكم الفرد[١].

تلك هي النظرات المتباينة التي تنازعت فكرة العقد الاجتماعي، مسيطرة على غالب الفكر السياسي الأوروبي، جاذبة إليها عديد من النخب السياسية والاجتماعية، مستمرة في كسب شعبية واسعة لفترات طويلة، حتى إننا مازلنا نشهد لها أثراً إلى الآن بالفكر السياسي الغربي.

٣٠/ ١ ـ أهمية فكرة العقد الاجتماعي: بيد انه ليظهر الأثر الأهم لهذه الفكرة الفلسفية، في حقيقة أن الجماعة، وللمرة الأولى في التاريخ الأوروبي، برز وجودها الفاعل في أهم حدث سياسي في الحياة الجمعية، ألا وهو نشأة الدولة القومية الحديثة. فحسب نظريات العقد الاجتماعي، يرد فضل نشأة الدولة إلى شعبها ذاته، الذي ارتضاها شكلاً لتكوينه السياسي، وارتضى السلطة هيئة مشخصة له في حكمه، ومن ثم يصير الشعب ـ الجماعة ـ مصدر شرعية الدولة، وتغدو أفكاره ومبادئه الفلسفية عقيدتها السياسية الحاكمة التي ابتنيت عليها أهداف الجماعة ومقاصدها لتصبح مرجعاً ضابطاً لشرعية فعل الدولة وحراكها.

٣١ ـ نظرية هيجل في نشأة الدولة: ثم ظهر هيجل الألماني، أحد أهم فلاسفة القرن التاسع عشر إطلاقاً، ليضع الأساس الفلسفي للمجتمع، باعتباره كياناً غيبياً، يختلف في هيئته عن الأفراد المتكون منهم والأسمى منهم[٢]، منطلقاً من نقطة أسبقية الفكرة في الوجود، وهي التي أعلنت عن ذاتها في صورة موضوعية، فاستحالت من فكرة مجردة إلى حقيقة. هذه الفكرة في حال انتقال دائم من المرتبة الطبيعية إلى المراتب الروحية، حيث تبلغ أسمى مراحلها في الدولة: تلك الحقيقة المطلقة، باعتبارها أرقى الحقائق سمواً، كونها الفرض النهائي للإنسان. والدولة بهذه الكيفية تضحى أرقى من الإنسان ذاته، فالمواطنون جميعاً يقاسون لا بوصفهم أفراداً، بل باعتبارهم أعضاءً منتمين لهذا الكيان الاجتماعي شديد الرقي المسمى الدولة الوطنية[٣]. وهم يخضعون كلياً لأهداف الدولة العليا، متمتعين بحريات كاملة متمثلة في الطاعة المطلقة للدولة[٤]. وهو ما رأى معه هيجل، أن خير الأنظمة إطلاقاً هو الملكية المقيدة كما تمثلها بريطانيا[٥]. وقد دمج الأخلاق بأكملها في عالم قانون الدولة، بحسبان

---

(١) سيد صبري ـ مبادئ القانون الدستوري ـ ص١٥، ص١٦.

(٢) The Idea of law - Dennis Lloyd -P. 202.

(٣) د/احمد أمين، زكي نجيب محمود ـ قصة الفلسفة الحديثة ـ الجزء الثاني ـ لجنة التأليف والترجمة والنشر ـ طبعة ١٣٦٨هـ ـ ١٩٤٩م ـ ص٣٧١ وما بعدها.

(٤) The Idea of law - Dennis Lloyd -P 203.

(٥) احمد أمين، زكي نجيب محمود ـ المرجع السابق ـ ص٣٧٦.

الأخير معياراً للأخلاق، حيث يستحيل تصور وجودٌ للأخلاق خارج إطار الأخلاق الجمعية للدولة[1]. والحق فإن هيجل كان بمثابة ردة فعل، للاستياء الجمعي من مفاهيم الفردية المطلقة والعقلانية الصرفة، فضلاً عن حال التشرذم وعدم الاتحاد الذي ساد الأقاليم الألمانية خلال عصر التنوير حتى نهاية القرن التاسع عشر بتأثير الإرادة الجمعية الشعبية على قاعدة من العقد الاجتماعي المتعدد بتعدد الأقاليم، على نحو متفلت من النظر الكلي العام لمجمل ألمانيا. فمثل تلك الظروف المؤثرة، اضطلعت بدور مهم في تبلور نظرته للدولة على هذا النحو، من حيث هي المطلق الذي لا يعلوه عال، وهي مصدر الأخلاق واجبة اللزوم، فإن كانت حقوق الفرد مقررة على نحو ما يمارسها بحرية مطلقة، إلا أنها حرية مؤطرة بالطاعة الواجبة إطلاقاً للدولة، والتي يتعين أن تكون بغية الفرد وغايته.

١/٣١ ـ ووفق هذه الفلسفة تظهر لنا الدولة، كياناً مطلقاً مستقلاً عن الأفراد، لتصبح في ذاتها مصدراً للشرعية، وتصير أوامرها ومقاصدها المرجع الضابط لمشروعية فعل الفرد؛ على نحو يجعلنا ـ ببعض التجاوز ـ نخلص إلى أن هذه النظرية على طرف النقيض ونظرية العقد الاجتماعي عند روسو، حيث الأمة المكونة من أفراد هي الضابط للدولة، أما دولة هيجل فهي الضابطة للأفراد أنفسهم من حيث هم أفراد فرادى ومن حيث هيئة اجتماعهم الكلي. وآية ذلك، أن ما تستطيعه الدولة من تغيير للنظام القانوني القائم فضلاً عن تعديله ـ كما أضاف الفقيه الألماني يللنك ـ، انما هو حسب مطلق إرادتها، وليس من عل ليعلو تلك الإرادة[2]، فهي وحدها مصدر النظام القانوني أي مصدر الشرعية داخل المجتمع.

٣٢ ـ **ملاحظات ضرورية**: وبعد هذا التناول الموجز، لأهم النظريات التي قيل بها تأصيلاً لأساس الدولة وتبريراً لشرعيتها، نجد أنه من المهم إبداء بعض من الملاحظات حول تأثير ما سلف إيجازه على مجرى البحث:

أولاً: يمكننا استظهار الشرعية الوضعية البشرية للدولة الحديثة، وذلك مقارناً بشرعية الدولة القديمة، ومقارناً بشرعية الدولة المسيحية في ظل التصور الكنسي. إذ رغم تعدد نظريات شرعية الدولة الحديثة، فثمة قاسم مشترك يضمها، ألا وهو نظرتها العقلية للدولة التي يرتد تكونها وفق هذه النظرات إلى أسباب بشرية محضة؛ فهي نشأت إما باتفاق الجماعة على نشأتها كي تحقق لها أهدافاً محددة، وإما نتاج حركة التاريخ المضطرد الذي وصل بغيته المطلقة في فكرة الدولة، ليختفي في كل ذاك هذا الثوب الغيبي القشيب، الذي ما فتئت الدولة متدثرة به أزماناً طويلة، شاهرة إياه أمام كل تحد

---

(١) The Idea of law - Dennis Lloyd -P. 203.

(٢) يحيى الجمل ـ المرجع السابق ـ ص٩٨.

له يتمثل في أي نزوع وضعي. وهكذا ينزوي الدين وترتفع الإرادة الإلٰهية عن الأرض، فلا تكاد تُرى سنداً شرعياً للدولة، ولا أساساً مرجعياً لتأطير حراكها. ويحل محله العقل البشري المتحرر من كل تصور مسبق لوجود غيبي، فيخلو وجه الأرض للإنسان دون منازع، لينفرد بتقرير أسس حياته وقيمه، ويتولى تحديد أولوياته بنفسه، جاعلاً من ذاته المرجع والمنتهى.

ثانياً: وكان بدهياً، في ظل هذه المعطيات الإنسانية، أن يكون الفرد هو الذي يحدد مقاصده بنفسه حسب أهوائه ورغباته، وأن تكون أفكار اللذة والسعادة حيث المنفعة المتصورة فردياً، هي الإطار العام للقصد الجمعي للجماعة بأكملها. وبحسب تحقيق النفع ومقداره، تتحدد شرعية العمل. فإن كانت المصلحة هي الهدف الأسمى للنظم كافة، فإن الذي يميز بينها هو أن النظم الدينية تجد في كلياتها الإلٰهية الضوابط المحددة لإطار المصلحة حسب رؤيتها الدينية، أما النظم الوضعية فليس ثمة مرجع لضبط إطار المصلحة الذي تتغياه ولا لتحديده، اللهم إلا تلك الأفكار والفلسفات الوضعية والرغبات البشرية التي تطمح إليها هذه النظم ويزينها مفكروها.

ثالثاً: وفي ظل هذه الوضعية البشرية للمنظومة الحياتية التي غلفت الوضع الأوروبي والأمريكي، لا مناص من الاعتراف منطقياً بدور الدولة الأصيل في الإسهام في رسم أطر الشرعية داخل المجتمع، فما دامت الشرعية قد هبطت من السماء إلى الأرض، فمن الطبيعي أن يكون للدولة ـ أقوى المؤسسات الفاعلة على الأرض داخل المنظومة المجتمعية ـ تأثير هام في الضبط المرجعي للجماعة، بل قد يكون لها اليد الطولى فى هذا الشأن. ولعل مما ساهم في ذلك، صيغ التوافق الاتزاني الذي تمكنت هياكل المؤسسات الاجتماعية من الوصول إليه، في علاقاتها بالمؤسسات السياسية المكونة للدولة في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية، كما هو ظاهر وبخاصة منذ النصف الثاني من القرن العشرين.

رابعاً: نلحظ ثمة اختلاف بيّن ـ تصاحبه نتائج يتعذر تجاهلها ـ وذلك فيما يتعلق بدور الدين في تشكيل صيغ العلاقات بين المجتمع والدولة. فالدين من حيث علاقته بالدولة يعد نسقاً فكرياً مفارقاً لها، فهو ليس صادراً عنها ولا ملتحماً بها. على حين يعد على عكس هذا في علاقته بالجماعة، حيث الانصهار والالتحام شبه التامين. فالصلة بينهما مباشرة من حيث تلقي الجماعة لهذا الدين بالرضا والقبول، وارتضائها المؤسسة الدينية القائمة على هذا الشأن الديني بذات الرضا والقبول. ففي الدولة الدينية حيث المجتمع ديني بالأساس، يكون الدين بمثابة الإطار المرجعي لشرعية الدولة، غير خارج عنها بل هو أساس شرعيتها. وفي الوقت ذاته، ونظراً لبعده الاجتماعي العميق، يسيطر الدين على الدولة التي لن يكون بمكنتها أن تتجاوزه نهائياً. الأمر الذي يجعله،

من ناحية أخرى، أحد أدوات الجماعة الفعالة في رقابة هذه الدولة، إذ إطار شرعية الدولة بيد هذا الدين لا بيدها هي. وهو ما يتضح بالنظر إلى الدول اللادينية التي لا تدين المجتمعات فيها بمنظومة الاعتقاد الديني حيث تلعب الفلسفة الوضعية، المعتنقة جمعياً، دوراً مماثلاً لدور الدين في النموذج السابق، من حيث تعيينها لإطار المرجعية الشرعية لهذه الدولة. إلا أنه نظراً لاختلاف طبائع الفلسفات الوضعية عن العقائد الدينية، من حيث كون الأولى أكثر التحاماً بمؤسسات الحكم بالدولة عنها بالمؤسسات الاجتماعية، فإن دولة الفلسفة الوضعية تكون أقل خضوعاً من الدولة الدينية للمسلمات المترتبة على المنظومة العقدية. فالدولة القائمة على أساس من الفلسفة الوضعية تتمتع بسيطرة هائلة على إطار الشرعية، فأجهزتها الرقابية ـ وهي بالأساس مؤسسات داخل الهيكل البيروقراطي للدولة ذاتها ـ تسيطر عليها تماماً، مما يجعل مرجعيتها الرقابية أكثر مرونة من المرجعية الدينية التي لا تملك الدولة ناصيتها بين يديها، مما يمكن الدولة العلمانية من إضفاء المشروعية على بعض من الأعمال التي بها قدر من التجاوز، بتوسيع الإطار المرجعي ليحتويها شرعاً. وقد حاولت مجتمعات الغرب التغلب على الانفراد المؤسسي للدولة بإطر شرعيتها، فبمناسبة ثورات شعبية تمكنت هذه الجماعات من أن تنتزع عدداً من الحقوق والحريات، تحصلت بخصوصها من الدولة على تعهدات بكفالتها، حيث تلتزم الدولة حدودها، دون أن يكون بمكنتها المساس بها، واعتبرت هذه الشعوب تلك الحقوق والحريات التي ضمنتها وثائق مخصوصة، من مكتسباتها التي تسهر هي بنفسها على حمايتها. وهو ما يمكن الاعتداد به بوصفه إطاراً مرجعياً لشرعية جمعية تعد الجماعة والرأي العام جهاز رقابته. والتاريخ الأوروبي والأمريكي مليء بإعلانات الحقوق والحريات، سواء في إنجلترا بدأ بالعهد الأعظم Magna Carta، أو في الولايات المتحدة الأمريكية بما تضمنه إعلان الاستقلال عقب الثورة الأمريكية، أو في فرنسا حيث صدر إعلان حقوق الإنسان والمواطن عقب ثورتها في أغسطس ١٧٨٩. فهي جميعها وثائق تضمنت من الحقوق والحريات ما أثبتت الممارسة التاريخية احترام الدولة لها والتزامها إياها، الأمر الذي يخفف من مخاطر ما لاحظناه من امتلاك الدولة نفسها لوسائل الرقابة على أدائها وضمان بقائه في إطار الشرعية المقبولة جمعياً.

الفصل الثاني

التطور

فكرة النظام العام في ظل الحداثة القانونية

تقسيم: سوف تعتمد دراستنا بهذه الجزئية على تقسيم الحقبة الزمنية المبحوث فيها إلى ثلاثة مراحل: أولاها: مرحلة ما قبل نشأة المدن، وثانيها: مرحلة ما بعد نشأة المدن مروراً بظهور الدولة القومية الحديثة، وثالثها: ظهور فكرة النظام العام بوضعيتها المعاصرة في القرن التاسع عشر، ساعين في كل مرحلة، إلى محاولة تلمس سمات وخصائص الفكرة بنظامها القانوني ووضعها الاجتماعي، حسب الوعاء الحضاري لها، فضلاً عن تلمس قوى الإنشاء والدفع للقواعد التي تناظر قواعد النظام العام، إن وجد ثمة وجود لها بكل مرحلة من تلك المراحل الثلاث.

أولاً: مرحلة ما قبل نشأة المدن:

٣٣ ـ تميزت أوروبا ـ قبل نشأة المدن فيها ـ بوحدة المكون الثقافي للمجتمعات الأوروبية في هذا العصر، وأحادية المنظومة الاجتماعية السياسية، بوصفها الشكل السائد لمجتمعات القارة، سواء على المستوى النظري أم المستوى التطبيقي. فالنظام الإقطاعي الذي كان متسيداً، صاحبه تقلص شديد في دور السلطة المركزية، إلى حدٍّ غدت معه الوحدة السياسية الحقيقية داخل أوروبا: هي المسيدة الإقطاعية لا الدولة ولا الإمبراطورية، حيث انتقل سلطان الحكم إلى قصور النبلاء الأسياد. وفي ظل هذا الوضع ساد مفهوم مجتمع الطبقات المغلق شديد الجمود، وهو المجتمع الزراعي الذي يعتمد الاكتفاء الذاتي نهجاً اقتصادياً. ذاك النموذج كاد أن يكون المشاهد الوحيد، على امتداد وسط وغرب القارة الأوروبية، حيث أظلته واحدية الطرح الفكري، الذي يجد في المسيحية، مرجعاً يستمد منها غالب مشاربه الثقافية بما خالطها من خرافة موروثة. وقد تولى السيد الإقطاعي دور المشرع والقاضي والرئيس الإداري ومدير البوليس[١]، فارضاً نفوذه على كامل إقليم الإمارة، بقاطنيه كافة، أكانوا مواطنين أم أجانب، حيث ألزم قانونه أولئك الكافة، في كل معاملاتهم المدنية والعائلية والجنائية، فيما عُرف بنظرية إقليمية القوانين[٢].

---

(١) د/ ثروت أنيس الأسيوطي ـ الصراع الطبقي وقانون التجار ـ ص٢٦.

(٢) عبد الحميد عمرو الشامي ـ القانون الدولي الخاص في العراق ـ الجزء الأول ـ طبعة ١٩٤٠ ـ ١٩٤١ ـ مطبعة التفيض الأهلية، بغداد ـ ص٧٩.

٣٤ ـ وعن القاعدة القانونية التي سادت هذا العصر، فثمة من أنكر عليها الصفة القانونية، باعتبار تلك القواعد لا تعدو أن تكون قواعد سلوك[١]، إذ تسود أفكار الدين المسيحي ـ بما تنطوي عليه من دعوة إلى المحبة والأخوة ـ صور القواعد المنتظمة العلاقات الإنسانية كافة، وذلك بدلاً من أن تسود أفكار العدالة والحقوق[٢].

٣٤/ ١ ـ بيد أنه إذا كان المعتد به لتقرير قانونية القاعدة الضابطة للسلوك، هو انطوائها على عنصر إلزام، يكون مصحوباً بجزاء يرتبه أي إخلال بموجبات هذا الإلزام، بغض النظر بعد ذلك عن مصدر هذه القاعدة أو الجهة القائمة على مراقبة تنفيذها أو جهة توقيع الجزاء، فلا مراء في أن هذه العناصر تتوافر للقاعدة السلوكية التي سادت عصور هذه الحقبة الزمنية، فلا يكون ثمة بد من التسليم بقانونيتها.

٣٤/ ٢ ـ أما عن خصائص تلك القاعدة القانونية، فبداية يتعين ـ وبقدر من التجاوز على مقتضى التقسيم المعاصر ـ التمييز بين قواعد القانون الخاص وقواعد القانون العام. فعن قواعد القانون الخاص، يبدو أن العرف كان هو المصدر الوحيد للقاعدة القانونية آنئذ[٣]، حيث تُرك أمر تنظيم الشأن الخاص بالجماعة لتقديراتها الجمعية، فكان العرف المتكون حسب الفهم الجمعي للجماعة واقتناعها العام، مصدراً للقاعدة القانونية، دون أن يكون ليد السلطة الحاكمة سلطان عليها[٤]. بيد أن شرعيتها بهذا الخصوص لم تكن لتقتصر على مجرد الرضاء الجماعي، بل تعدتها لمنطقة القداسة الإلٰهية، فقد كان هذا العرف يتم نسبته في الغالب الأعم من الأمور إلى القوى الغيبية والأحكام الإلٰهية[٥]، وذلك على قاعدة من مكانة الكنيسة المتعاظمة وسلطانها المهيمن على الجماعات بأسرها آنئذ. وهو الأمر الذي يتجلى عند مراقبة نظام التجريم الذي ساد، فقد كانت الجرائم الكبرى تعد جرائم ضد الدين[٦]، الأمر الذي تتبدى معه قيمة الدين العليا، إلى حد نسبة كل ما يعد على قدر من الأهمية للجماعة، إليه. كما يستدل على ذلك أيضاً من فلسفة قواعد الإثبات والعقاب، حيث اتبعت أساليب المبارزة والمحنة، بعقيدة أن هذا لجوء لحكم الرب، الذي سوف يتدخل لنصرة المظلوم والبريء، ليضحى في خذلان الرب ثبوتٌ للإدانة[٧].

---

(١) Major Legal Systems in the World today - Third edition - Reue David and Johan E.C. Brierty - London : Steven and sons - 1985 - P. 37.

(٢) op.cit. - P. 38.

(٣) op.cit. - P. 36.

(٤) Previous Reference - P 37 - انظر أيضاً ـ ول ديورانت ـ قصة الحضارة ـ ترجمة زكي نجيب محمود ـ الجزء ١٤ ـ إدارة الثقافة في جامعة الدول العربية ـ الطبعة الثانية ـ ١٩٦٥ ـ ص٤٣٤.

(٥) Previous Reference - P. 38.

(٦) ثروت أنيس الأسيوطي ـ مبادئ القانون ـ ص٨٢.

(٧) ذات المرجع السابق ـ ص٨٢.

٣٤/٣ ـ أما عن قواعد القانون العام، وهي الخاصة بتنظيم شؤون الإدارة، فقد استأثر الحاكم بها بصفته المشرع الأوحد بهذا الخصوص. ولعل من أجّل صور هذه القواعد، حظر مقاضاة رقيق الأرض لسيدهم[١]، والقواعد الخاصة بالملكية العقارية بتفصيلاتها، وقواعد الميراث[٢]، وجميعها قواعد من الصعب نسبتها إلى عرف أو عادة أو حكم دين.

٣٥ ـ **طبيعة القواعد القانونية في ذلك العصر**: وبنظر تحليلي لعناصر مثل هذه القواعد القانونية، سواء أكانت عرفية أم صادرة عن السيد الإقطاعي، نجدها تنطوي على خصائص الأمر أو النهي، لما تحمله من عناصر لزوم، مصحوبة بعنصر الجزاء المترتب على المخالفة. فضلاً عن مرجعياتها، التي هي إما إلٰهية تحمل من القداسة ما يرفعها عن مصاف العمل البشري، وبالتالي ينأى بها عن يد التغيير، مانحاً إياها جموداً تناظر به قواعد النظام العام. وإما مرجعية ذات أصل سلطوي بموجب صدورها عن الحاكم، ومن ثم تكون واجبة الاحترام والنفاذ، وهو المرجع الذي لا يقل شأناً عن الدين، من حيث القدسية والاحترام. الأمر الذي يغلب معه الظن، بأن النظم القانونية التي سادت تلك الحقبة التاريخية، عرفت ما يناظر فكرة النظام العام، لما تميزت به قواعدها المتعددة من خصائص قاعدة النظام العام. وقد كان مرد ذلك إلى الظرف التاريخي شديد المواءمة؛ فالمجتمعات ذات مشارب ثقافية متقاربة، وثمة اتحاد بالوعاء الحضاري، الأمر الذي بات معه المكون الثقافي الفكري والفلسفي للجماعة أحادي البعد، مما سهل معه توافر قواعد قانونية تماثل قواعد النظام العام في خصائصها المميزة لها؛ حيث قام التوافق العام على أسس واحدة وقيم مشتركة واحدة داخل الجماعة الواحدة. الأمر الذي سهل معه انعكاس ذلك في صورة قواعد قانونية، تتمتع بقدر من القداسة، مردها إما المصدر الإلٰهي أو ذاك المنسوب انتهاء إلى الحاكم، وإما مضمونها المستقر عليه جمعياً بطريق العرف. وهي قداسة صاحبتها عناصر الإلزام بما انطوت عليه من الأمر والنهي والجزاء على المخالفة، ولذلك فلا مندوحة من التسليم بتناظر سمات تلك القواعد مع خصائص قواعد النظام العام.

٣٦ ـ **القوة المنشئة للقاعدة القانونية وتلك المطورة لها**: فعن قوى الإنشاء لقاعدة النظام العام في هذه المرحلة، فحسب المتقدم تضحي هي سلطة الحكم إن كانت القاعدة من القانون العام، بحسبان استئثار الحاكم منفرداً بقواعد هذا القانون، الأمر الذي تنحصر معه قوى دفع وتطوير القاعدة القانونية في شخصه أيضاً، فصانع القاعدة هو وحده القادر على تعديلها وتغييرها. بيد إن الأمر يدق بخصوص قواعد القانون

---

(١) ول ديورانت ـ الجزء ١٤ ـ المرجع السابق ـ ص٤٣٤، ص٤٣٥.

(٢) Previous Reference - P. 37. - Major legal systems

الخاص، إذ يصعب تحديد قوى إنشاء هذه القاعدة على وجه اليقين، فإن كانت هذه القاعدة هي بالأساس عرفية، فالتساؤل عمن تنسب إليه؟ هل تكون نسبتها لقوى الغيب الإلٰهية، أم يتداخل معها في هذه العملية الاعتقاد الجمعي للجماعة بما يوفره من تقبل عام لهذه القاعدة، تقبل تصبح معه قوى الإنشاء في هذه الحال نصف إلٰهية نصف بشرية[1]. وهو التساؤل الذي ينسحب بدوره إلى قوى الدفع. بيد أن المستقر من واقع الحال في هذا العصر، وحسب المتقدم، أنه كان ثمة استحالة في أن يُشرع المجتمع في تعديل أو تغيير مثل هذه القواعد، دون أن تكون ثمة موافقة ـ وإن تكن ضمنية ـ من الكنيسة مفوضة الإلٰه على الأرض. الأمر الذي يغلب معه على الظن كون قوى الإنشاء والدفع لقواعد القانون الخاص بهذه المرحلة التاريخية ذات صفة مزدوجة، يتلاقى عندها السلطان الإلٰهي بالتقبل الجمعي البشري، كلاهما يتفاعل مع الآخر لإنشاء القاعدة القانونية وممارسة التأثير فيها.

ثانياً: مرحلة ما بعد نشأة المدن:

٣٧ ـ كان لظهور المدن[2] أثر عميق على مسرح الحدث الأوروبي منذ القرن الثالث عشر؛ بما حمله هذا الظهور من تغيرات نوعية لحقت المكون السياسي الأوروبي، فأعادت صياغة المعادلات السياسية على نحو مخالف في نتائجه عن تلك التي أفرزها العصر الإقطاعي. كما تبدلت قوى المدينة الصاعدة التي كانت منحصرة بداية بمجموعة التجار والصناع، إذ سرعان ما ضمت إليهم قطاعات عريضة، تكونت في ظل مفاهيم المدينة، من علماء وفلاسفة وفقهاء وأدباء فضلاً عن طبقة بيروقراطية عهد إليها بأمور إدارة شؤون الدولة فيما بعد عندما تقوى مركز الحكم، الأمر الذي على إثره تكونت الدولة القومية منذ القرن السابع عشر. وما يهمنا في هذا الخصوص، هو أن نشأة المدن كانت إيذاناً بتشكل أنساق فكرية وقيمية جديدة، صنعت أسساً لحياة الجماعة المدنية بما صاحبها من فلسفات وتوجهات عبرت في حقيقها عن حياة جديدة وطموحات مستحدثة وأهداف مختلفة اتسمت بها هذه المرحلة عن مرحلة العصر الإقطاعي. فقد غدا نهج الحياة ذا نزعة دنيوية خالصة، ينشر اللذة والمنفعة على حساب الدين وقيم الأخلاق، التي توارت لتفسح الساحة للمادية الإلحادية التي صبغت حضارة المدن وما صاحبها من نزوع نحو الفردية. وبمضي الوقت وبتطور الأحداث، تكونت من هذه القوى طبقة واحدة سميت «البورجوازية»، حملت أحلاماً وأفكاراً وأهدافاً بشأن الحياة، شديدة

---

(١) رغم أن ول ديورانت يذهب إلى غير ذلك، حيث يرى أن المجتمع وحده كان المصدر الرئيس للقوانين ـ المرجع السابق ـ الجزء ١٤ ـ ص٤٣٤.

(٢) عندما نقول المدن فإننا نعني أيضاً الدولة القومية عند تكونها فيما بعد، فالسمات بينهما واحدة، إذ المدينة هي الخطوة الأولى للدولة الإقليمية القومية.

التباين عن الأفكار التي سادت مثيلاتها في ظل المنظومة الإقطاعية ذات البعد الكنسي. بيد أن هذا لم يكن ليعني توارياً للفكر الإقطاعي الكنسي أو الملكي المطلق، إذ ظل الريف الأوروبي والقطاعات غير المثقفة بالمدن على حالها السابق، من إيمان كامل بالدين والكنيسة، مصحوب بحال من الارتباط السري بالسيد الإقطاعي للاعتقاد الموروث بحمايته لهم، ثم بعد ذلك بالملك حاميهم من بطش نبلاء الإقطاع(١). ومن ثم تتبدى ازدواجية المكون الثقافي التي مزقت المجتمعات الأوروبية وأفرزت ازدواجية مماثلة في الوعاء الحضاري، محدثة تبايناً في الأبعاد الفكرية والفلسفية لهذه الجماعات، في وقت كانت قد بدأت تتقارب أواصر الجماعة الواحدة بفعل تكون الدولة ـ الأمة. الأمر الذي أنتج تشققاً في الوجدان الجمعي لها، حيث سادت ازدواجية الطرح المنظومي للتوجهات الحياتية والمصالح المعتبرة، مما أدى إلى ازدواجية مقابلة في الأنساق الحضارية داخل الجماعات الأوروبية في أسسها وقيمها ومصالحها المعنية. وهي ازدواجية ظلت الجماعات الأوروبية تعاني منها حتى نهاية القرن التاسع عشر(٢)، ما بين نظام ملكي إقطاعي مدعوم بالكامل من قبل الكنيسة، وآخر برجوازي مثقف ذي نزوع إلحادي. فإن كانت فكرة النظام العام ـ وكما اصطلحنا مؤقتاً ـ هي مجموع القيم والأسس التي يقوم عليها بنيان الجماعة، بما يحققه من حماية لمصالح المجتمع المعنية. نضحى بصدد ازدواج الحضاري يفرز ازدواجاً مماثلاً في مكون النظام العام لهذه المجتمعات الأوروبية، فثمة نظامين عامين صارا يتنازعان المجتمع الواحد.

٣٨ ـ غير أن مطالع النصوص القانونية المتخلفة عن هذه الفترة، قد لا يتبين مثل هذه الظاهرة، ولعل هذا يرجع إلى أن من تولوا كتابة التاريخ، كانوا من تلك النخب البورجوازية المثقفة التي آلت على نفسها تضخيم الحقائق لصالحها، وإخفاء ما لا يروق لها. كما أن ظاهرة الازدواج في فكرة النظام العام، كرستها الحروب الأهلية والثورات الداخلية، التي كانت إحدى الظواهر المتكررة في أوروبا في هذه الفترة التاريخية الممتدة طيلة مرحلة حروب الإصلاح الديني والحروب التي تبعت الثورة الفرنسية. وسوف نجتهد لتبيان مظاهر النظام العام في هذه الفترة، في محاولة لرصد أي تباين يظهر لنا في قواعد النظام العام خلالها.

٣٨/١ ـ انقسمت الأنظمة القانونية التي شهدتها أوروبا في هذا العصر إلى نوعين: النظام القانوني الأنجلوسكسوني المعروف باسم «English Law» أو «Common Law»، والنظام القانوني اللاتيني المعروف باسم «Romano - Germanic Legal System». وعلى

---

(١) د/ ليلى عنان ـ الحملة الفرنسية تنوير أم تزوير ـ الجزء الأول ـ كتاب الهلال ـ العدد ٥٦٧ ـ ص٣٧، ص٣٩.

(٢) المرجع السابق ـ ص٦٠.

الرغم من أن تكون كل من هذين النظامين وتطوره كان قد انعقد مختلفاً عن الآخر، فإن ثمة خاصية اشتركا فيها معاً ألا وهي انفصال الدين والأخلاق عن القانون. فمنذ القرن الرابع عشر والآمال تتطلع إلى قواعد قانونية تجد في مفاهيم العدالة والمعقولية حداً لها، بعيداً عن مبادئ الأخلاق وقواعد الغيب[١]. ويرى الفكر القانوني الوضعي أن هذا النهج، كان استجابة لنشأة المدن وازدهار التجارة والصناعة، حتى إن المجمع الكنسي الرابع المنعقد في عام ١٢١٥ كان قد أصدر قراره بحرمان رجال الدين من التدخل في إجراءات التحقيق الجنائي بأسلوب المحنة أو بحسب الحكم الإلٰهي[٢]، إذ لم يعد المجتمع المدني ليحتمل مثل تلك الأحكام التي لا تجد في العقل أو المنطق سنداً.

٢/٣٨ ـ **النظام الأنجلو ـ سكسوني**: أما النظام الأنجلوسكسوني، فنظراً للظرف التاريخي الإنجليزي المفارق بعض الشيء لمثيله الأوروبي بالقارة من جهة تأخر ازدهار التجارة في إنجلترا إلى النصف الأول من القرن السادس عشر، فضلاً عن عناصر أخرى كثيرة، ليس للمقام محلٌ لتفصيلها، فقد نهج تطور النظام القانوني الإنجليزي نهجاً مختلفاً عن نهج نظيره اللاتيني. حيث كان تطور القانون الإنجليزي يرجع إلى قوة مركز التاج الملكي ومحاكمه دقيقة الانتظام[٣]، إذ عملت هذه المحاكم من خلال استمداد قوة الملك في تطوير العرف القانوني السائد، خاصة أن النظام القانوني الانجلوسكسوني لم يعرف تمييزاً بين القانون العام والقانون الخاص[٤]، كالذي شهده النظام القانوني اللاتيني. ولعل من أجلى سمات هذا النظام القانوني، أن عديداً من القواعد القانونية الإنجليزية التي تعد من دعائم ذاك النظام، كانت تضرب بجذورها في عمق التاريخ إلى مفتتح القرن الثالث عشر، كنظام المحلفين في القضايا الجنائية الذي يجد أصله في وثيقة العهد الأعظم «Magna Carta»[٥]، وهو النظام الذي يعد أحد ركائز النظام العام السكسوني. على أن من أهم ما يميز النظام القانوني الإنجليزي، في مجال البحث عن وضع فكرة النظام العام داخله، أن هذا النظام عرف عدداً من خصائص هذه الفكرة منذ عهد مبكر ـ القرن الثالث عشر ـ، إذ عرف فكرة القاعدة القانونية التي تمثل قيداً على سلطان الحاكم في التصرف، وهي من أولى مظاهر قاعدة النظام العام المعاصرة. فهذا العهد الأعظم، يقرر في مادته الحادية والستين، تعيين خمسة وعشرين باروناً لمراقبة الملك في تنفيذ الشروط التي تعهد بمراعاتها والتزامه إياها، لتختتم بتقرير جزاء عقابي

---

(١) Major Legal Systems in the World today - Ibid.-P39

(٢) op.cit. - P. 49. (٣) الأسيوطي ـ قانون التجار ـ ص٦٥.

(٤) Major Legal Systems in the World today - Ibid. - P. 40.

(٥) فيشر ـ تاريخ أوروبا في العصور الوسطى ـ ترجمة: محمد مصطفى زيادة وآخرين ـ الجزء الثاني ـ دار المعارف بمصر ـ ١٩٥٧ ـ ص٢٩٦، ص٢٩٧.

يوقع عليه حال إخلاله بهذه الالتزامات، تتمثل في مصادرة قصوره وسائر ممتلكاته إلى أن يتم تصحيح المخالفة[1]. ولعل مثل هذا النص يعد إرهاصاً مبكراً لبداية شهود هذا النظام القانوني لأحد أهم خصائص فكرة النظام العام الوظيفية، بتهيؤها قيداً على الإرادة في التصرف، هذا على الرغم من أن النظام الأنجلوسكسوني، لم يعرف تبلوراً لفكرة النظام العام على ما ابتدعه النظام اللاتيني بالقرن التاسع عشر. ومن ذلك أيضاً، قوانين الملك إدوارد الأول وهي قانون الإقطاع الذي منع تثنية الإقطاع[2]، وهو ما يعد بلا ريب قاعدة أصولية تأسس عليها هذا النظام القانون الأنجلوسكسوني، وكذا قانون الشهر الإقطاعي الذي يعتبر أساس القواعد المتبعة في تنظيم انتقال الأراضي في القانون الإنجليزي[3]، فمثل تلك النظم ضمت قواعد قانونية ملزمة يستقيم على هداها النظام القانوني الإنجليزي، الأمر الذي لا يكون معه من قبيل التجاوز اعتبارها مناظرة، موضوعاً، لمفهوم النظام العام على نحو ما هو معروف في النظام القانوني اللاتيني. إذ كيف بقواعد قانونية تنسب في مصدرها إلى الحاكم أو البرلمان، وكلاهما له صدقية الطاعة عند الشعب الإنجليزي - الجماعة - منطوية على عنصر الإلزام فضلاً عما يتقرر من جزاء للمخالفة، إضافة إلى تقارب مضامينها والوجدان الجمعي للشعب الإنجليزي - الذي لم يشهد ما عرفته القارة الأوروبية من تشرذم في الأوعية الحضارية -[4]، وجميع ذلك إضافة لما انطوت عليه بعض هذه القواعد من قيود كبلت سلطان إدارة السلطة الحاكمة، أقول كيف بقواعد لها مثل تلك الخواص، ولا تعتبر مناظرة في حقيقها لمفاهيم قواعد النظام العام. بل يمكن استظهار نوع من القواعد يماثل في دقته قواعد النظام العام الإجرائية في هذا القانون، فقد عرف النظام القانوني الإنجليزي تنظيماً دقيقاً لإجراءات إقامة الدعاوى، حيث تعين لإقامة الدعوى ولقبولها اتباع أوضاع وإجراءات شكلية معينة، الخطأ فيها يرتب سقوطاً للدعوى، وبات لكل دعوى صيغها المخصوصة، التي تقررت بحكم العادة في المرات التي أقيمت فيها[5]. وهي دون ريب قواعد نظامية

---

(١) فيشر - تاريخ أوروبا - الجزء الثاني - ص٢٩٧.

(٢) المرجع السابق - ص٣٠٠، ص٣٠١. (٣) المرجع السابق - ص٣٠٠، ص٣٠١.

(٤) إذ الثابت تاريخاً أن الجماعة الإنجليزية، كانت تتطور على نحو متكاتف دون أن تعرف ازدواجية المكون الثقافي، فمركز التاج القوي، لعب ومنذ القدم دور القاطرة الدافعة للمجتمع الذي تشكل وجدانه الجمعي تحت أنظار الملك وبموافقته، وعند التعارض كانت تظهر بعض القلاقل والاضطرابات التي سرعان ما تنقشع ليعود التطور السلمي والتجاذب المتناغم بين المصالح المختلفة داخل هذه الجماعة. راجع: فيشر - تاريخ أوروبا في العصور الوسطى - ترجمة محمد مصطفى زيادة وآخرين - دار المعارف بمصر - ١٩٥٧.

(٥) علي بدوي - أبحاث التاريخ العام للقانون - الجزء الأول - تاريخ الشرائع - الطبعة الثانية - ١٣٦٣، ١٩٤٣ - مكتبة عبد الله وهبة - ص١٩٥.

لها خصوصية إلزام قد تفوق غيرها من القواعد النظامية الموضوعية، بحسبانها السبيل الوحيد لاستحقاق الحقوق وأي خلل بها قد يفضي إلى ضياع الحق الموضوعي برمته.

٣٨/ ٣ ـ القوى الصانعة لقواعد النظام العام في القانون الإنجليزي: أما عن قوى الإنشاء والدفع لقاعدة النظام العام في النظام القانوني الأنجلو ـ سكسوني لهذه الحقبة الزمنية، فالبين طابعها البشري المحض. فمصادر القاعدة القانونية الإنجليزية تكاد تنحصر في التقاليد العامة السارية قبل الفتح النورماندي، وبعض القرارات الملكية والدساتير التي كانت تصدر على فترات متباعدة، فضلاً عن المبادئ التي أرستها المحاكم الملكية، والقواعد التي شغل الفقه بإرسائها[١]، وجميعها بنية قانونية ظاهرة الوضعية. الأمر الذي يستفاد منه أن القوى المنشئة للقاعدة الأنجلو ـ سكسونية النظيرة لقاعدة النظام العام، هي قوى بشرية بالأساس تتمثل في جهود المحاكم فضلاً عن القرارات والأوامر الملكية، وجميعها يجد مرجعيته إما في إرادة الحاكم أو الضمير الجمعي العام للجماعة الإنجليزية. أما عن قوى الدفع، فهي بدورها بشرية وتكاد تنحصر، في الجزء الغالب منها، إما في محكمة المستشار التي قادت القواعد القانونية صوب العدالة وخلصت النظام القانوني الإنجليزي من عقيدة القدسية الحرفية للنص والمبدأ القانوني[٢]، أو في القوانين الملكية والتشريعات البرلمانية، على الرغم مما كانت عليه من أثر محدود، لقلتها، طوال هذه الحقبة، كون التشريع لم يكن قد أخذ مكانته بعد ضمن مصادر القانون الإنجليزي إلا في القرن التاسع عشر[٣]. الأمر الذي يتبين معه أن قواعد النظام القانوني الإنجليزي المناظرة لقواعد النظام العام وجدت في الجهود البشرية ـ بمرجعياتها المؤسسة على المصلحة حسب التصور البشري: الملك، المحاكم، البرلمان، والجماعة ذاتها ـ قوى الإنشاء والدفع لها.

٣٩ ـ النظام اللاتيني: تأسس النظام القانوني اللاتيني الذي ساد القارة الأوروبية، على مبادئ القانون الروماني الموروثة، والتي يرد فضل إحيائها إلى النهضة الثقافية التي سادت أوروبا خلال هذا العصر[٤]، وما تبعها من نشأة للجامعات التي عملت على إحياء دراسات القانون الروماني[٥]، وذلك على أثر ما جد على القارة الأوروبية من ظروف سياسية أفرزت حراكاً اجتماعياً للبنية التحتية الثقافية، الأمر الذي يستظهر معه الطابع الجمعي العقلاني، الذي غدا سمتاً للقانون بالقارة الأوروبية خلال حقبة الدراسة، على نحو متحرر من أفكار اللاهوت الديني حيث أصبح المنطق البشري العقلاني وحده معيار الشرعية.

---

(١) علي بدوي ـ أبحاث التاريخ العام للقانون ـ ص١٩٦، ص١٩٧.

(٢) المرجع السابق ـ ص٨٢.

(٣) المرجع السابق ـ ص٢٠٩.

(٤) Major Legal Systems -Ibid. - P. 40.

(٥) op.cit. P 50.

١/٣٩ ـ القانون العام والقانون الخاص: يتعين في هذا الخصوص التمييز بين قواعد القانون العام وتلك التي تخص القانون الخاص. فحال استأثرت السلطات الحاكمة بمهمة سن قواعد القانون العام، كتلك المتعلقة بمسائل الضبط الإداري والبوليس[١]، وكذا أحكام القوانين الجنائية والعقابية كقانون كارولينا الصادر في ألمانيا عام ١٥٣٢ وهو قانون عقابي، والقواعد التي انتظمت التداعي أمام القضاء وضبطت إجراءاته، فضلاً عن تدخلاتها تصحيحاً لما تظنه أخطاء السلطة القضائية صارخة الانتهاك للعدالة[٢]. نجد العرف قد كاد يستأثر بمقام الصدارة فيما يخص قواعد القانون الخاص[٣]. بيد أن الأمر لم يكن ليتوقف عند هذه الحدود، إذ بسبب النهضة القانونية التي أحدثتها الجامعات الأوروبية وبتأثير من إحياء مبادئ القانون الروماني، آلى الفقه القانوني الأوروبي على نفسه مهمة إعادة فحص المبادئ العرفية السائدة وقواعدها المطبقة، مع تجميعها في أعمال مكتوبة بعد تنقيحها، على ما يجعل القانون العرفي متوافقاً وظروف وأوضاع العصر السائد، وهكذا أمكن سد ما كان قد شاب القانون العرفي من ثغرات، وأمكن إكمال ما نقص منه[٤]. وقد تلقفت المحاكم هذه الأعمال الفقهية، لتكون بالنسبة إليها بمثابة أحد مصادر القانون العرفي الهامة. ثم كان تصدي الحاكم ذاته بتقنين القواعد العرفية مع بعض التعديلات، إلغاء وإضافة، لجعل العرف أكثر تواءماً مع قواعد العدالة. وعليه وعلى الرغم مما بدا ظاهرياً من سيطرة كلية للعرف على صناعة القانون، فإن كل ما تم من نشاط فقهي وقضائي، إنما كان بمثابة الخطوة الأولى في نقل الصناعة القانونية من العرف إلى الحاكم، لتصير مرجعية مصدر القاعدة القانونية للعمل المقنن لا للعرف، حيث ما انفكت قوة العرف الإلزامية شيئاً فشيئاً تعتمد كلية تصديق الحاكم[٥]. وهكذا يتوالى التدخل التشريعي للحكام، فبعد أن كان الملك الفرنسي حتى القرن السادس عشر، يقصر تدخلاته على مسائل الإجراءات وقواعد الإثبات فحسب، ما انفك في غضون القرن الثامن عشر متدخلاً في مسائل الوصايا والهبات (gifts - wills)[٦]. ما يستظهر منه الانتقال التدريجي للمرجعية الشرعية من القبول الجمعي العام للقاعدة القانونية إلى القبول الرسمي للحاكم وحده، على ما سوف يتلمس لاحقاً، عندما سيطرت مؤسسات الدولة كلياً على العملية التشريعية، عن طريق مجلس تشريعي، حيث أصبحت فلسفتها الرسمية وعقيدتها السياسية مرجعاً أوحداً للتشريع، بغض النظر عن توجهات المجتمع ومدى تقبله لهذه القواعد القانونية.

---

(١) Major Legal Systems - Ibid - P. 51.

(٢) op.cit. P. 61.

(٣) op.cit. P. 53.

(٤) op.cit. P. 56.

(٥) بادي ـ الدولتان ـ المرجع السابق ـ ص١٣١.

(٦) Major Legal Systems in the World today - Ibid. - P. 62.

٣٩/ ٢ ـ وعلى هدى مما تقدم يسهل التسليم بمعرفة النظم القانونية اللاتينية، موضوعياً، لفكرة النظام العام. فما شهدته من قواعد للقانون العام أنما ليؤكد هذا الاستنتاج، فهي قواعد آمرة صادرة عن الحاكم في شأن تنظيمي عام، إما لتنظيم المجتمع وضبط إدارته وإما لتنظيم القضاء وإجراءاته، وجميعها مسائل مقطوع بعدم إمكان مخالفتها، سواء من وجهة مصدرها حيث تجب الطاعة أم من وجهة مضمونها الذي يمثل الركيزة التي يُبتنى عليها نظام المجتمع، إضافة إلى ما تتضمنه من تجريم للمخالفة. وكذلك الحال في بعض قواعد القانون الخاص التي انطوت على ما يجعلها تتصف بصفة قواعد النظام العام، إما لأن صفة الإلزام بها مردها صدور القاعدة القانونية عن الحاكم في أحوال تدخله، وإما لكونها تجد في الوجدان الجمعي سنداً مرجعياً لها كما في أحوال القواعد العرفية، حيث رضاء الجماعة بهذه القاعدة إنما هو لضرورتها بالنسبة إليها، بوصفها من ركائزها التي يتأسس كيانها عليها.

٣٩/ ٣ ـ القوى الصانعة لقواعد النظام العام في القانون اللاتيني: أما عن قوى الإنشاء والدفع بالنسبة لما يعد من قواعد النظام العام في هذه النظم القانونية اللاتينية، فهي دون ريب تتجسد في شخص الحاكم أو هيئات الحكم ومؤسساته فيما يتعلق بقواعد القانون العام. وبخصوص قواعد القانون الخاص، فيمكن التأكيد على أن الجانب الأكبر من هذه القواعد كان يَجِدُ في الإرادة الجمعية للجماعة، قوة إنشاء وحيدة بالنسبة إليه. بيد أنه مع التطور الذي لحق هذه النظم القانونية، فقد شاركت الجماعة في إنشاء القاعدة النظامية الخاصة، قوى أخرى دخيلة تمثلت في الفقه النخبوي المتأثر بأفكار القانون الروماني القديمة، وفي رجال القضاء المنتمين بحكم وضعهم الاجتماعي لطبقة النخب، ومن ثم للثقافة الرومانية النخبوية بنزوعها البورجوازي، أكثر من انتمائهم للجماعة، وأخيراً الحكام الذين أصبح وجودهم كقوى منشئة للقاعدة النظامية في القانون الخاص ملموساً بل ومؤثراً. وأما على مستوى قوى الدفع، فالظاهر أنها انحصرت في قطاعات الفقه والقضاء فضلاً عن الحكام، لتتوارى عنها ـ أي قوى الدفع ـ الإرادة الجمعية التي لم يعد لها من وجود مباشر داخل قوى دفع قاعدة النظام العام في أي من فروع القانون الخاص، ما كان لها قديماً عندما استأثرت كلياً بصنعة القاعدة العرفية.

٣٩/ ٤ ـ ظهور قواعد نظام عام نوعية: فإن كان تحليلنا الموضوعي لدقائق النظام القانوني اللاتيني، قد خلص بنا إلى معرفته بعض مظاهر فكرة النظام العام بوضعها المعاصر، فثمة ملاحظة مستوجبة الرصد، ألا وهي معرفة النظام القانوني اللاتيني بهذه الحقبة الزمنية لمفهوم النظام العام النوعي، أي لمجموع القواعد القانونية التي تحكم أحد أوجه النشاط البشري دون سواه، وتكون بمثابة الترجمة القانونية لأسس وركائز هذا نوع من النشاط. وما نعنيه بهذا الصدد هو النظام العام التجاري. فكما أسلفنا، جاءت

نشأت المدن على يد التجار الذين تترسوا بها وأقاموا فيها مجتمعاتهم التي سرعان ما اتسعت لتشمل غيرهم من الطوائف، إلا أن التجار تمكنوا في البداية ولفترة غير قصيرة من الحفاظ على تميزهم عن مجتمع المدينة الأكبر الذي ضمهم وطوائف غيرهم، تميزاً مكنهم من بلورة أسس خاصة بكينونتهم، كان له أثره في إبداع قواعد قانونية خاصة حكمت نشاطهم التجاري، فيما عُرف بقانون التجار[1]. فعلى مستوى التنظيم القضائي، كانت القواعد تلزم المتنازعين من التجار بالالتجاء إلى محكمة القنصل أو الزميل مع حظر اللجوء إلى محاكم الإقطاع، مرتبة جزاءً على المخالف تمثل في الطرد والتشريد وهدم الدار[2]. وهو ما يمكن معه استظهار خصوصيات قواعد قانون التجار، بعقد مقارنة بينه وبين القواعد القانونية التي كانت مطبقة لدى محاكم الإقطاع، فعلى حين كان القضاء في الأخيرة شكلياً يتم اللجوء فيه للإثبات بطريق حكم الرب وأساليب التعذيب، فضلاً عن أساليب المبارزة حيث يعتبر من ينجو منها بريئاً، فقد استوت قواعد الإثبات في قانون التجار متخلصة من هذه الشكلية حيث استعيض عن المبارزة بشهادة الشهود[3]. بل كان لقانون التجار فضل تأسيس انطلاقة النظام الرأسمالي البورجوازي، بمستلزماته من تحقيق لفوائض القيمة مع كنزها، وذلك باستحلال قانون التجار التعامل الربوي، مؤسساً على تعاليم «كالفن» بنظرتها عن الجبرية. فبعد أن كانت الكنيسة قد حرمت الربا تحريماً قطعياً، وافق الأخير التجار البورجوازيين بالمدن على تغيير الحكم من الحرمة إلى الإباحة، ليباح الإقراض بالفائدة الربوية في مجال النشاط التجاري[4]. وسرعان ما اتسع نشاط الإقراض شاملاً كافة المعاملات، التجاري منها والمدني. ولعل هذا التطور من أبلغ الأمثلة على كيفية تغيير بعض قواعد النظام العام، وذلك بتحرك الحكم من الحرمة إلى الحل، بذات سند الشرعية، ألا وهو الدين، على الرغم من علمانية قانون التجار اللافظ لكافة مفاهيم الدين والأخلاق.

٣٩/ ٥ ـ وفي معرض الاستدلال على خصائص النظام العام النوعي، نلحظ حكماً استحدثه قانون التجار لا نجد له مثيلاً فيما بعد، حتى نشأت الدولة القومية بوضعها المنظم لحال المجتمع لا بوصفها الدولة الحارسة وحسب، ألا وهو اشتراط العضوية الإجبارية للطائفة لإمكان ممارسة المهنة[5]، فمن المقطوع به أن القاعدة القانونية الوضعية المعاصرة عند انطوائها على مثل ذاك الشرط تعتبر قاعدة نظام عام، الأمر الذي يفيد معرفة النظم القانونية اللاتينية المعاصرة، ومنذ ارهاصات تكونها المبكرة، لظواهر فكرة النظام العام.

---

(١) أنيس الأسيوطي ـ قانون التجار ـ ص٤٤. (٢) المرجع السابق ـ ص٤٥.

(٣) المرجع السابق ـ ص٢٩، ص٥٢ ـ والحق أن مثل هذا الخلاف سرعان ما اختفى بظهور محاكم المدن وتواري محاكم الإقطاع وإن ظل لقانون التجار استقلاله عن قوانين المدينة المدنية.

(٤) المرجع السابق ـ ص٥٤، ٥٥. (٥) الأسيوطي ـ قانون التجار ـ ص٣٧.

٦/٣٩ ـ ظهور بعض المفاهيم الفرعية لفكرة النظام العام: بيد أنه وقبل ختام بحث هذه الجزئية حول مدى معرفة النظام القانوني اللاتيني لفكرة النظام العام، في حقبة ما بعد إنشاء المدن وقبل استهلال القرن التاسع عشر، تبدو ثمة ملاحظة جديرة بالتسجيل، ألا وهي معرفة هذا النظام القانوني المرجعي، لأحد المفاهيم الفرعية لفكرة النظام العام المعاصرة. إذ شهدت النظم القانونية اللاتينية، تطبيقات مماثلة لفكرة النظام العام بمدلولها المعاصر في القانون الدولي الخاص، باعتبارها دفعاً استبعادياً للقانون الأجنبي الواجب التطبيق وفق قاعدة الإسناد الوطنية، عند مخالفته قواعد النظام العام في دولة القاضي. فقد كان لازدهار التجارة في ربوع القارة الأوروبية وبين أقطارها المختلفة ومدنها التي تتمتع باستقلال في مواجهة بعضها بعضاً منذ القرن الثاني عشر، أن ظهرت حالات تنازع قانوني بين مدنها، وعلى وجه الخصوص المدن الإيطالية. تنازع تمظهر إما بين قوانين هذه المدن وإما بين أي منها وبين القانون الروماني ذي الولاية العامة. إذ بدأت منذئذ رحلة الفقهاء في مسيرة تاريخية طويلة، بحثاً عن حلول لحالات تنازع القوانين، ليظهر في القرن الرابع عشر العالم «بارتول»، مستخلصاً بعض قواعد الإسناد لحالات محددة، مخضعاً المسائل الإجرائية لقانون القاضي، والمسائل الموضوعية للقانون الحاكم لنشأة الحق، وكذا شكل التصرف لقانون محل إبرامه. الأمر الذي يفيد أن ثمة من المسائل ما يقوم القاضي حيالها لا بتطبيق قانونه الوطني وإنما بتطبيق قانون آخر أجنبي عنه. إلا أن بارتول لم يتبع هذا النهج إلى منتهاه، إذ أورد تحفظاً كان بمثابة الاستثناء العام على هذه القواعد، ألا هو وجوب كون القانون الأجنبي واجب التطبيق من القوانين المستحسنة أو المقبولة ـ كالقوانين التي تحظر على القُصَّر التصرف في أموالهم حتى بلوغهم سن الرشد ـ فإن كان من القوانين المستهجنة أو البغيضة، اقتصر مجال تطبيقها على حدود إقليم المدينة صاحبة القانون وحسب، دون أن يمتد تطبيقها إلى دولة القاضي، كالقوانين التي تحرم البنات من الميراث أو تلك التي تقرر الإرث للابن الأكبر فحسب[1]. والقاضي الوطني وهو بصدد تعيين طبيعة القانون، فيما إذا كان مستحسناً أم مستهجناً كي يطبقه أو يستبعده، يتعين ضابطه في هذا الخصوص بمدى اتفاق أو اختلاف ذلك القانون مع قيم وأسس مجتمعه، وكذلك مدى اتفاقه أو اختلافه مع النظام القانوني لبلده. وهو عين مفهوم فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص المعاصر. الأمر الذي يمكن معه التأكيد على أن النظام القانوني اللاتيني، وكذا فقهه، لم تكن معرفتهما لتقتصر على بعض من خصائص مفهوم النظام العام، أو على بعض من الظواهر النوعية لهذه الفكرة وحسب، بل إنهما عرفا إرهاصاً مبكراً لكامل سمت أحد

---

(١) د/ محمد كمال فهمي ـ أصول القانون الدولي الخاص ـ طبعة ١٩٥٥ ـ دار الطالب بالإسكندرية ـ ص٢٩٧.

المفاهيم الفرعية لفكرة النظام العام، ألا وهو مفهومها المتعين بالقانون الدولي الخاص بوضعه المعاصر. كما عرفنا أحد أهم خصائص المفهوم الكلي لفكرة النظام العام، ألا وهي خاصة «التقييد»، كما سيتبدى لاحقاً. فأجلى ما يميز فكرة النظام العام، هو تواضعها قيداً على الإرادة ـ سواء في ذلك إرادة الأفراد أم الدولة أم الجماعة أم القضاء ـ. فإذا كان من الفقهاء اللاتين في هذا العصر، من توصل إلى ضرورة تقييد إرادة المشرع مصدر قاعدة الإسناد الوطنية، التي تشير إلى وجوب إعمال قانون أجنبي، إن بدا للقاضي أن في القانون الأجنبي ما يخالف قيم أو أسس نظام دولته الحضارية أو أصول نظامها القانوني، فإن هذا يعني معرفة هذا الفقه لمفهوم النظام العام بوضعه المعاصر في القانون الدولي الخاص، فضلاً عن تبلور المفهوم الكلي لفكرة النظام العام، حول خاصة تقييد الإرادة بلزوم مقتضيات قواعد النظام العام. فها هي إرادة مشرع قاعدة الإسناد المشيرة إلى قانون أجنبي لحكم مسألة معينة؛ تُحَدُّ بألا يرد في هذا القانون ما يناقض أياً من أسس النظام القانوني لدولته، وإلا أهدرت تلك الإرادة لصالح مقتضيات النظام العام.

٤٠ ـ وبختام هذه الجزئية، يمكن الخلوص الى أنه على الرغم من الظواهر المتعددة لفكرة النظام العام التي ازدحمت بها النظم القانونية الأوروبية بمستهل القرن التاسع عشر، إلا أن تلك الفكرة لم تكن قد تبلورت بعد بكل مظاهرها وخصائصها المشتركة في بناء مفهومي واحد يعرف باسم «فكرة النظام العام»، بل إنه على الرغم من المحاولات التنقيبية في فقه وقانون أوروبا الغربية بهذه الحقبة الزمنية ـ قدر استطاعتنا ـ تعذر الكشف عن وجود حقيقي قائم لهذه الفكرة قبل القرن التاسع عشر، عند ظهورها الأول على يد مشرعي قانون نابليون المدني، وهو ما سوف نشرع في عرضه.

ثالثاً: فكرة النظام العام في القرن التاسع عشر:

٤١ ـ إن القرن التاسع عشر من القرون القليلة الفارقة في مسار التاريخ الإنساني؛ فراديكالية التحولات التي شهدتها أوروبا في هذا القرن، وضخامة الأحداث التي مرت بها، تترك المرء عاجزاً عن استلهام الوصف المناسب، المنصف، للتعبير الصادق عن هذا العصر. فقد استهلت أوروبا قرنها المعني بحدث هائل، وقع في نهاية القرن الثامن عشر فأثَّر دويه على القارة بكاملها طيلة القرن التاسع عشر. وهو حدث حسم الكثير من الأمور التي كانت تتنازع القارة حول هويتها الفكرية والثقافية وأيديولوجيتها المتبناة، وفي الوقت ذاته كان مقدمة لابتناء حضاري ذي خصوصية مفارقة عن جملة التاريخ الأوروبي السابق.

١/٤١ ـ ففي عام ١٧٨٩، انطلقت الثورة الفرنسية انطلاقاً يعد بمثابة التكريس السياسي لقوة البورجوازية الصاعدة ـ بأفكارها ذات الأبعاد الليبرالية الفردية ـ متفوقةً

على القوى السياسية التقليدية الأخرى ـ الملك، النبلاء، الكنيسة، عبر ثورة سيطر عليها رجال متأثرون بأفكار التنوير العلمانية ذات المفاهيم الثقافية المفارقة لمفاهيم القوى التقليدية[1]. فقد ظلت البورجوازية ولقرون عديدة في وضع المناوئ لسطوة القوى السياسية الإقطاعية والتسلط الملكي، خاضت خلالها كفاحاً مريراً في سبيل التغلب عليهما، تمكنت إبانها من بلورة منظومتها الفكرية ذات المفاهيم التقدمية المميزة لها والمقوضة للمفاهيم الدينية، حتى كانت الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ بمثابة تتويج لهذا النضال، والانطلاق باتجاه تأسيس أنظمة حياتية سياسية اجتماعية مفارقة لجملة ما ساد سابقاً، واجدة في نسقها الفكري التقدمي أساساً عقدياً، وفي توجهها الرأسمالي الفردي ركيزة تمكنها من تلبية حاجات مصالحها الملحة.

٢/٤١ ـ غير أن الوضع الداخلي في المجتمعات الأوروبية ـ وعلى الأخص المجتمع الفرنسي ـ لم يكن بالسهولة التي تمكّن رجال الثورة البورجوازيين من بناء دولتهم ومجتمعهم على النحو المبتغى وفق أنساقهم الفكرية والفلسفية ومذهبيتهم الفردية الحرة. إذ المشاهد أن الجماعة الفرنسية كانت منقسمة على نفسها إلى مجتمعين، مجتمع الطبقة المثقفة النخبوية ذات الانتماء البورجوازي بأبعاده العلمية الإلحادية الرافضة لكل ما هو ديني غيبي[2]، ومجتمع الشعب الفرنسي الفقير الأمي الذي يمثل الغالبية الساحقة من السكان، وارث ثقافة الأساطير الدينية، المرتبط بالملك الذي يحكم بتفويض مطلق من الرب، حيث الملكية حاميته من البطش الإقطاعي[3]، وحيث الكنيسة والدين وعاؤه الثقافي[4]. وقد أدى ذلك برجال الثورة إلى العمل للقضاء على الانتماءات الأخرى كافة، لتبقى أفكار التنوير التعددية هي الوعاء الثقافي الوحيد داخل المجتمع الفرنسي، حيث التفاعل لتحقيق الإنجاز الحضاري البورجوازي الرأسمالي. غير أن الاضطلاع بهذه المهمة لم يكن بالأمر الميسور، إذ انجرفت الأمة الفرنسية تحت الحاجة لتحقيق تلك الأهداف البورجوازية للجمهورية الفرنسية، في حرب أهلية دامت سنوات[5]، إثر رفض قطاعات عديدة ـ بل وأقاليم فرنسية بالكامل ـ لهذا التوجه. خاصة أن هاجساً آخر كان قد سيطر على رجال الثورة ـ بل على الوجدان البورجوازي الفرنسي بأسره ـ ألا وهو حلم الإمبراطورية الرومانية، لتكون فرنسا بمثابة روما النواة التي تتجمع حولها شعوب العالم المحررة[6]، حسب مبادئ الثورة الفرنسية الخالدة، ولتعود الإمبراطورية الرومانية مرة أخرى ولكن في الصورة الحديثة، إمبراطورية فرنسية، بل إن

(١) ليلى عنان ـ الحملة الفرنسية ـ المرجع السابق ـ ص٣٥، ٣٦.

(٢) المرجع السابق ـ ص٣٥، ٣٦.

(٣) المرجع السابق ـ ص٣٩.

(٤) المرجع السابق ـ ص٦٣، ٦٤.

(٥) المرجع السابق ـ ص٥١.

(٦) المرجع السابق ـ ص٦٦.

فرنسا بهذه الفترة صارت في نظر نفسها الوريث الشرعي لمجد روما وفضائلها الأسطورية[١].

٤٢ ـ في ظل هذه الظروف تشكلت ملامح الوضع الفرنسي في بداية القرن التاسع عشر حيث تسلم بونابرت زمام الحكم على إثر انقلابه عام ١٧٩٩، ليصبح القنصل الأول في الجمهورية الفرنسية، وليطيح بعد ذلك بالحكم الجمهوري، معلناً فرنسا إمبراطورية مثلما حدث بروما على يد اكتافيوس[٢]. وسواء أكان بونابرت ذا نزوع ثقافي بورجوازي أم لا، فقد تراءى له وهو في وهج حلمه الإمبراطوري، أن البورجوازية أطروحة ثقافية بمنظومتها الاقتصادية الرأسمالية هي الأفضل بالنسبة إليه، فشرع في تبنيها ركيزة لنفوذه ودعامة لنظامه الذي كان في حاجة ماسة إلى إعادة توحيد المجتمع مرة أخرى، وتوحيد وعائه الثقافي باعتباره حتمية ضرورية لتحقيق الوحدة الوطنية. فأصدر قانونه المدني عام ١٨٠٤، أول القوانين المدنية المشرعة في التاريخ الأوروبي الحديث، متبنياً مبادئ الرأسمالية، من الملكية المطلقة إلى حرية التعاقد، حيث العقد شريعة المتعاقدين، إلى المسؤولية التقصيرية باعتبار ألا مسؤولية دون خطأ، تلك المبادئ التي كانت بمثابة السور العظيم لمثلث حكم عاشت داخله بورجوازية القرن التاسع عشر[٣]. لتتضمن المادة السادسة منه النص على أنه: «كل اتفاق خاص مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب يكون باطلاً ولا يعمل به»[٤]. ويذهب الدكتور/ أحمد مسلم وهو بصدد التعليق على فكرة «النظام العام» من الوجهة التاريخية، إلى أن هذا الاصطلاح «النظام العام» لم يأت من القانون الروماني ولا من القانون الفرنسي القديم، وإنما يرتد إلى تاريخ تحرير القانون المدني ١٨٠٤ فحسب[٥]. ومنذئذ درجت قوانين الدول الأوروبية على استعارته من القانون الفرنسي. الأمر الذي يعني أن اصطلاح فكرة النظام العام باعتبار وجود قواعد قانونية تكون متعلقة به، وتكون لها خصوصية جزاء البطلان حال مخالفتها، على نحو هذا الابتناء النظري، هو من إبداع القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤، على الرغم من أن بعض سمات الفكرة وبعض خصائص قاعدة النظام العام كانت قد عرفتها غالبية النظم القانونية قبل، إلا أنها لم تظهر على هذا النحو المتفرد بوصفها مفهوماً مستقلاً ـ له مضمونه الخاص في عالم

(١) ليلى عنان ـ الحملة الفرنسية ـ المرجع السابق ـ ص٨٩.

(٢) المرجع السابق ـ ص٨٩ ـ انظر إلى أي حد كانت المحاولات التحكمية لصنع نموذج مطابق للنموذج الروماني حتى أنه تم استخدام ذات الألقاب الرومانية.

(٣) الأسيوطي ـ مبادئ القانوني ـ المرجع السابق ـ ص٨٨،٨٩.

(٤) سليمان مرقص ـ المدخل للعلوم القانونية ـ المرجع السابق ـ ص٧٢.

(٥) L'Ordre Public Devant Le Juge Egyptien - Ahmad Mosalim - 1980 - P.9.

الأفكار القانونية، تحت اصطلاح منحوت خصيصاً له وحده ـ سوى في عام ١٨٠٤ مع القانون المدني الفرنسي. ويغلب على الظن أنه كان وراء نص المادة السادسة من قانون نابليون عام ١٨٠٤، دافع بونابرت التوحيدي لجمع شتات المجتمع الفرنسي وصهره في بوتقة الجماعة الواحدة ذات التوجه البورجوازي المعتنق لأفكار التنوير التقدمية، تحقيقاً لأهدافه المذكورة.

١/٤٢ ـ دفع هذا التوجه المؤجج بالحلم الإمبراطوري الأوروبي، دفع نابليون، إلى محاولة فرض التوحيد القانوني، كي يكون ثمة قانون واحد يطبق على الإقليم الفرنسي بأسره، وتنضبط فيه الأمة الفرنسية جمعاء، خضوعاً وانصياعاً لا فكاك منه. فإذا كانت مفاهيم المبادرات الفردية والحرية التعاقدية من أركان إطاره المنظومي، غدا متعيناً التأكيد على ما لبعض قوانينه من قداسة تنأى بها عن أي محاولة لمخالفتها. وبهذا يطرح الحاكم نفسه لا بحسبه مرجعاً للشرعية وحسب، بل مرجعاً للنسق القيمي للمجتمع بأسره؛ فإن كان ضابط شرعة أي اتفاق أو تصرف هو عدم مخالفة النظام العام، فإن تشكيل دولاب أنساق هذا النظام العام صار مردّه إليه بصفته مصدره. ولعل فكرة النظام العام في ظل التوحيد التشريعي والقضائي، كانت أحد العناصر الفعالة في سياق إعادة التشكيل الوجودي للوجدان الفرنسي، تحت مظلة ثقافة التنوير البورجوازية، لتضطلع بدور الدرع من أجل حماية أنساق القيم والمصالح داخل المجتمع الفرنسي فيما بعد، الأمر الذي أبقى لهذا الاصطلاح بناءه المفهومي النظري الحيوي والمتجدد دائماً تلبية لحاجة المجتمعات المعاصرة له. وتوالى بعد ذلك استعارة مصطلح «النظام العام» أو «قوانين النظام العام» من قبل غالبية القوانين التي صدرت في أوروبا منذ القرن التاسع عشر إلى وقتنا الحالي، وتحددت مفاهيمه وتنوعت وظائفه، حتى أصبح متمتعاً بجاذبية ساحرة تأسر المشرعين والفقهاء على السواء، بما استوت عليه تلك الفكرة من مرونة غامضة، جعلت الجميع يسعون خلفها، دون أن يتمكن أحد من احتوائها؛ بتحديدها تحديداً دقيقاً، أو بتعريفها تعريفاً جامعاً مانعاً. على أنه بالرغم من كل هذا، فإن مرور ما يقرب من القرنين على ولادة فكرة النظام العام وتبلورها على النحو المعاصر، ومع توالي الإسهامات الفقهية والقضائية في محاولات لرسم حدودها، وإن ساعد في اتضاح معالمها الأساسية وتشييد هيكلها على نحو ما، فقد ظلت من الأفكار التي يكتنفها الغموض، وتتضارب في شأنها الآراء، حتى صار ينظر إليها بكثير من الريب، الأمر الذي زاده انفتاح العلوم الإنسانية الأخرى على هذا المفهوم، مما أسهم في تعقد انضباطه المصطلحي، وتعدد أطره المفاهيمية.

الفصل الثالث

التبلور

الأساس الفلسفي لفكرة النظام العام

تقسيم: أسلمنا إطلالنا المنقضي من خلال نافذة الأبعاد التاريخية لفكرة النظام العام، على الوضع الفكري الفلسفي لأهم النظم القانونية التي شهدها المسار التاريخي للإنسانية، ـ أقول ـ أسلمنا إلى عدد من الحقائق التاريخية والفكرية، صاحبت الظهور المعاصر لتلك الفكرة في مستهل القرن التاسع عشر، فأضحت تمثل قوى خفية فيما وراء فكرة النظام العام، على نحو غدا معه عرض كل تطور يلحق تلك الفكرة، على هذه المنظومة من الحقائق، أمراً لا مندوحة عنه، استظهاراً لمسوغات التطور ومبرراته، خاصة أن هذه المنظومة ما لبثت أن استحالت من قوى تفجير لفكرة النظام العام إلى قوى تحريك وتطوير لها.

وسوف نعالج هذا الموضوع في مبحثين:

المبحث الأول: أسباب ظهور فكرة النظام العام وتطورها الوظيفي.

المبحث الثاني: الإطار الغائي لفكرة النظام العام ومقاصدها.

المبحث الأول

أسباب ظهور فكرة النظام العام وتطورها الوظيفي

البدايات التاريخية والفكرية:

٤٣ ـ على مستوى الحدث التاريخي وما صاحبه من تطور فكري، ثمة حقائق لا معدى عن طرحها، منطلقاً لفكرة النظام العام بوضعها المعاصر، نعمد بداية إلى مسها إجمالاً، تمهيداً لاستعراضها تفصيلاً، في ضوء علاقتها بالنظم القانونية الوضعية. أولى هذه الحقائق، يتجلى منهجاً من استنباط مفاد الاستعراض الكلي لجملة النظم القانونية متقدمة الذكر، حيث نخلص إلى أن ثمة احتياجاً دائماً في كل جماعة ـ أياً ما يكون شكل تنظميها، وأياً ما يكون تقدمها الحضاري ـ إلى منظومة من القواعد الضابطة لسلوك الأفراد داخلها، فتتمتع حيالهم بسلطان الأمر والنهي المصحوب دوماً بجزاء يوقع جرَّاء المخالفة. منظومة قاعدية ضاغطة على الإرادة الفردية لصالح ضرورات جمعية تحددها أولويات كل جماعة، حسب أوضاعها الفلسفية والخلقية والدينية، فضلاً عن موجبات مصالحها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، فتتحرك الإرادة الفردية داخل إطار هذه المنظومة من دون مكنة المجاوزة. منظومة وإن تمتعت بخصائص القاعدة القانونية، إلا أنها تفوقها من وجهتي ما تتبناه قصداً من صيانة لمصالح مجتمعية عليا، وما تصدر به من صيغة آمرة ناهية لا تترك من سبيل للغفلة عنها. ولعل هذه الخصائص وإن توافرت في أكثر قواعد الضبط السلوكي بدائية، إلا أنها ما لبثت أن تهذبت وأخذت أبعاداً أكثر عمقاً وانضباطاً، حتى استوت على مرفأ النظام القانوني المعاصر، كياناً فكرياً متميزاً.

٤٤ ـ أما الحقيقة الأخرى التي يتعين أن تكون موضع تقدير دائم، فهو الدور الذي لعبه الصعود البورجوازي على مسرح الحدث التاريخي منذ بداياته الأولى إبان عصر النهضة، حيث يعزى إلى هذه القوى فضل بلورة عدد من الوظائف والمفاهيم التي كانت موزعة بين ثنيات الأنظمة القانونية، في بوتقة فكرية واحدة اصطلح عليها باسم «النظام العام». وكما سلفت الإشارة، كان وصول البورجوازية الرأسمالية إلى سدة الحكم، إيذاناً بتطور نوعي غير مسبوق في الأطر الفكرية والفلسفية الحاكمة للنظم القانونية. فلم يعرف تاريخ الأمم والشعوب قبل، استخداماً للنظم القانونية بغية تحقيق أهداف ومصالح بعض الجماعات داخل المجتمع مثلما شهدته المجتمعات في ظل الهيمنة البورجوازية، التي لم تكتف فقط بصياغة الأفكار القانونية على النحو المحقق

لأهدافها، وإنما أعادت صياغة العقل الجمعي القانوني ذاته بأنساقه القيمية والمفهومية والأخلاقية[1]. ففي سبيل استهداف مصالحها، كانت الأدوات القانونية أحد أهم وسائلها لبلوغ مبتغاها، وكانت فكرة النظام العام أحد أفضل تلك الأدوات. ليضحى ثمة مظلة تسمى «النظام العام»، يتعين على التصرفات القانونية ـ التي تتوجه الإرادات الفردية إليها كافة ـ أن تستظل بشرعيتها بحيث يبيت البطلان والعقاب جزاءا الخروج على شرعة هذه المظلة.

٤٥ ـ بيد أن ما يحمل الدلالة هنا، هو إيلاء البورجوازية على نفسها، مهمة صناعة هذه المظلة، ومن ثم لم تعد أفكار ومفاهيم الجماعة النبع الذي تستخرج منه أطر النظام العام، وإنما صارت الأفكار والفلسفات البورجوازية هي النبع ذاته. وصاحب ذلك، عملية تأميم كامل للقواعد القانونية لصالح المؤسسة التشريعية، التي يسيطر عليها الفكر الليبرالي الفردي الحر بنزوعه الداعم للمكاسب الرأسمالية، توطيداً لدعائم الملكية المطلقة وسلطان الإرادة المطلقة، التي هي في حقيقتها أدوات الرأسمالية القانونية للسيطرة على طوائف المجتمع وطبقاته الأخرى.

٤٦ ـ على أن الأمر في واقعه لم يكن ليستمر على هذا الحال أبداً، إذ حدث أن انفصلت الطبقة الحاكمة عضوياً ـ لا فكرياً ـ عن الطبقة الرأسمالية المسيطرة على العملية الإنتاجية داخل الجماعة، هذا الانفصال مكن الطبقة الأولى من تصحيح مسارات كثير من المفاهيم والأفكار ـ وإن كان بضغط من طبقات الجماعة الأخرى المُستَغلَة ـ، دون الانقلاب عليها؛ وذلك بإعادة توفيقها على نحو أكثر تواؤماً وتآلفاً مع مصالح باقي الطبقات، إلى جانب دورها الرئيس في خدمة الصوالح الرأسمالية. وقد أدى هذا بدوره إلى اتساع نطاق مظلة النظام العام، لتشمل أسس استقرار المجتمع كافة ـ الطبقة الرأسمالية إلى جانب الطبقات الأخرى ـ، متجاوزة نسبياً نظرة الطبقة الرأسمالية الضيقة لمصالحها المخصوصة ابتغاء حماية صوالح الطبقات الأخرى، الأمر الذي ارتضته الطبقة الرأسمالية أيضاً، لما كان عليه البديل من خطر محدق تمثل في التحول إلى النزوع الاشتراكي وفق نموذج المجتمع الماركسي أو بأدنى تقدير نموذج رأسمالية الدولة، لتستحيل فكرة النظام العام من محض سلاح بيد البورجوازية الرأسمالية في مواجهة القوى الأخرى في المجتمع، إلى منظومة حماية معدة لصالح المجتمع بأسره، فبجانب حفاظها على الصالح الرأسمالي، التفتت إلى صوالح الطبقات الأخرى حماية للصالح العام للمجتمع بأسره وصيانة لاستقراره[2].

---

(١) د/ مصطفي أبو زيد فهمي ـ النظرية العامة للدولة ـ الطبعة الخامسة ـ ١٩٩٧ ـ دار المطبوعات الجامعية ـ ص١١٨.

(٢) مصطفى أبو زيد فهمي ـ النظرية العامة للدولة ـ ففيه تفصيل لمراحل علاقة القوى الرأسمالية =

النظرية القانونية:

٤٧ ـ وتفصيل ذلك من زاوية الوضع القانوني، أن الفكر البورجوازي صاغ البناء القانوني منذ عصر النهضة وإلى نهاية القرن التاسع عشر، على أصل من مفهوم فردي خالص، فيه الفرد هو القيمة العليا وحريته هي موضوع القانون، وحقوقه هي لبنات هذا القانون، بحيث يغدو الفرد وكأنه في النهاية الغاية العليا لهذا القانون. وهي فلسفة قانونية تتأسس على توظيف الانضباط الاجتماعي، لصالح حرية الفرد في التصرف وفي قدرته على المبادأة بالمبادرات. لتتجلى فكرة الحق الفردي داخل المنظومة الفكرية للقانون الوضعي، بوصفها حجر الزاوية في هذا البنيان[١]. فليس ثمة مقدس في هذه المنظومة سوى إطلاق الملكية الفردية وحرية التصرف. فالحق الفردي حق ذاتي كسبه الفرد من وجوده في حالة الطبيعة، ثم استجلبه معه إلى المجتمع[٢]. وهو بالأساس قدرة إرادية، يتسلط بها الفرد على أعمال الغير بموافقة السلطات العامة ومساعدتها[٣]. فالحق لا يقف عند حدود المزية التي يقررها لصاحبه، وإنما يرتب فروضاً والتزامات على سائر الأفراد، ليتقرر وجوب احترامهم لهذه المزية ومنع التعرض لصاحبها في استعماله إياها.

٤٨ ـ **طبيعة الحق:** الحق عقيدة وقوة، عقيدة من حيث إن صاحبه يجب أن يعتقد في قرارة نفسه بأن هذا الحق، حقه وأنه له خاصة، بحسبانه جزء منه لا عيش له دونه. ليضحي الحق حسب هذا التصور ظلاً لكرامة صاحبه. فإن استقر المفهوم على هذا النحو، بلغت قيمة الحق لديه قدر العقيدة عنده، فيمتزجان ـ الحق والعقيدة ـ امتزاج الحق بالكرامة والحياة. حالئذ تكون القوة هي مظهر الدفاع عن هذا الحق إذا اعتدي عليه. لذا وجب على صاحب الحق أن يتترس بالقوة صيانة وحماية له. وعليه فإن فقد الفرد هذه القوة أو فقد بعض مكناتها، فلم تعد لديه تلك المنعة التي تحول دون الاعتداء على حقه، سقط الحق عنه واستقر عند من يأنس في نفسه قوة. الأمر الذي غدت معه القوة عنصراً أساسياً في الحق[٤]. وليس أدل على هذا، من المكنات التي

= بالسلطة والحكم ـ ص١١٨ ـ ١٣٩. والحق إن ما مكن الدولة من القيام بهذا الأمر ويسر تقبل الطبقة الرأسمالية له، كان البعد الإمبريالي لنظم الحكم الغربية آنئذ، الذي حقق لها من فائض القيمة ما مكنها من حل كثير من مشاكلها على النحو الذي يحقق أريحية مجتمعية، ودون أن يمس صميم الصوالح الرأسمالية.

(١) د/ مصطفى محمد الجمال ـ تجديد النظرية العامة للقانون ـ الجزء الأول ـ طبقة ١٩٩٨ ـ الفتح للطباعة والنشر ـ ص١٧ ـ ١٨.

(٢) ثروت أنيس الأسيوطي ـ الحق ـ المرجع السابق ـ ص١١.

(٣) د/ سليمان مرقص ـ المدخل للعلوم القانونية ـ الطبعة الثانية ـ ١٩٥٢ ـ دار النشر للجماعات المصرية ـ ص٣١٤.

(٤) د/ عبد السلام ذهني بك ـ الحقوق في تفاعلها وتعارفها وأطوارها وضرورة التوازن فيها من=

يتمتع بها صاحب حق الملكية وفق فلسفة الفكر الوضعي القانوني، فالملكية سلطان مطلق، داخلها المالك إله أوحد. وقد عبرت عن ذلك المادة (٥٤٤) من قانون نابليون، حيث أوردت الملكية حقاً في التمتع والتصرف في الأشياء بطريقة مطلقة إلى أقصى إطلاق «de la manière la plus abolut»، وهو ما تأكد ثانية في مستهل باب الملكية بالمجموعة المدنية الألمانية التي صدرت فى ١٨ أغسطس ١٨٩٦، حيث قررت المادة (٩٠٣) منه، أن الملكية تجيز لمالك الشيء أن يفعل به ما يحلو له وأن يمنع الغير من أي تأثير على ملكه[١].

وعلى مستوى آخر من مستويات تمتع الحق بالإطلاق ـ تحقيقاً للمآرب البورجوازية ـ صاحب هذا التصور الفلسفي، امتداد في هذا الإطلاق إلى مجال الإرادة ذاتها والى قدراتها على التصرف. فبات للفرد السلطان الكامل في التصرف وفق مشيئة إرادته دونما قيد أو ضابط، باعتبار أن ليس ثمة التزام على الفرد سوى ما انعقدت إرادته عليه، والأخيرة وحدها مصدر الالتزام ومحددة مضامينه، ما اصطلح عليه بمبدأ سلطان الإرادة[٢]. وبذا يظهر أن عنصرا الأساس في فكرة الحق، هما: القوة والإرادة المتحركين في رحاب المطلق.

محاولات تكميل البناء الوضعي المعاصر:

٤٩ ـ بيد أن تشييد البناء القانوني الوضعي المعاصر، على أسس الإطلاق في حركة الإرادة ومكنات الحقوق، من شأنه بداهة أن يخلق نوعاً من الصراع الصدامي بين الأفراد، صراع هو نتاج تعارض وتضارب الإرادات، فضلاً عن الاستخدام غير المقيد للحق. الأمر الذي بات مهدداً حال التضامن القسري داخل الجماعة، ذاك الحال الذي تستلزمه ضرورات الحياة الهادئة المستقرة داخل كل جماعة، من توازن في علاقات القوى بين أفراد المجتمع وكذلك جماعاته. أعني التوازن الذي يحفظ تماسكها الحيوي، الذي به تصح الحياة الهادئة المستقرة المطلوبة دوماً لاستمرار الجماعة[٣]. وبالنظر إلى تلك الضرورة الحتمية لهذا التماسك الحيوي بين قوى المجتمع المختلفة،

= الناحية العملية للقانون والعدالة والعمران والأخلاق ـ طبعة ١٩٤٥ ـ مكتبة النهضة المصرية بشارع عدلي باشا ـ ص٣٧٨، ويشير إلى أن ثمة تهذيب لحق هذا التطور، فأضحت قوة الحق في الدعاوى الحامية للحق ذاتها

(١) ثروت أنيس الأسيوطي ـ الحق ـ المرجع السابق ـ ص١٥.

(٢) ثروت أنيس الأسيوطي ـ الحق ـ المرجع السابق ـ ص١٨ ـ ومبدأ سلطان الإرادة بهذا الإطلاق وإن بدا ظاهره حرية وخير، فباطنه استغلال وعسف، فتحت مظلة شرعية الحرية المطلقة في التعاقد، تمكن الرأسمالي من تضمين العقود التي يبرمها شروطاً تنطوي على استغلال للطرف الآخر الأضعف دائماً في شروط الإعفاء من المسؤولية ـ ص١٩.

(٣) د/ عبد السلام ذهني ـ المرجع السابق ـ ص٦٤.

يضحى تضارب الإرادات الفردية وتعارض مصالحها الحقوقية، أمراً بالغ الخطورة، مستوجباً التصدي، منعاً لأي اختلال يمكن أن يصيب هذا التماسك، صوناً للمجتمع وأسسه المحققة بالنهاية للصالح البورجوازي. الأمر الذي وضع الفكر القانوني الوضعي ـ منذ بداية القرن الماضي ـ أمام تحد حقيقي، إذ كيف يتسنى له المحافظة على مبادئ الإطلاق في الحريات والحقوق وحركة الإرادات، وفي ذات الوقت يحافظ على وضع الاتزان القسري بين أفراد المجتمع وجماعاته بما يديم تماسكه الحيوي على نحو يحول دون أي اختلالات اجتماعية، تهدد بثورات كتلك التي زخرت بها أوروبا طيلة القرن الثامن عشر، وفي الوقت نفسه لا يقضي على النزوع الفردي بإطلاقاته.

٥٠ ـ وكان الجواب في مجموعة الأدوات القانونية التي أبدعها العقل القانوني الوضعي، فمكنته من الإطلال على المجتمع إمساكاً بمقدراته وضبطاً لحركته، ليحول بذلك دون تفشي أي اختلال في الاتزان القسري الجمعي. وعن طريق هذه الأدوات، تمت السيطرة على الاتجاهات الصدامية للإرادات الفردية، إما بالتقليل من عنفوانها الصدامي أو بترشيد توجهاتها الذاتية على نحو تضامني متآلف. ولعل مثل هذه الأدوات تكون اللبنات الأولى للتوجهات الاجتماعية التي أفرزها رد الفعل العنيف لما شاب التطبيق المتطرف للفردية المتفلتة من آثار شديدة السلبية على مستوى التماسك الحيوي للجماعات السياسية إبان القرن التاسع عشر، فيما عُرف بأفكار المدارس الاجتماعية في القانون.

اللجوء إلى النظام العام:

٥١ ـ كانت فكرة النظام العام أحد أهم أدوات العقل القانوني الوضعي التي وجد فيها بغيته. فكما بدت هذه الفكرة أحد أهم أدوات التنويريين البورجوازيين للسيطرة على العقل الأوروبي وأفكار جماعاته السياسية، بما تنطوي عليه من مكنات تمنح السلطة قدرات على بث قيم ومبادئ عقيدتها الفلسفية أو السياسية، وذلك بالمقاربة القانونية، عن طريق إسباغ أردية القانون عليها وصياغتها في شكل قواعد قانونية عصية على الخرق أو المخالفة، فتفرض قسراً على الأفراد والجماعات الذين لا يملكون بدورهم حيالها سوى الانصياع[١]. فقد استحالت أيضاً لتصير أحد أهم الأدوات القانونية التي ساهمت في تقويض الاختلالات التي أصابت الاتزان الجمعي للمجتمعات السياسية الأوروبية في القرن التاسع عشر، تلك الاختلالات التي عرضت تماسكها الحيوي لضعف شديد، كان مصدره الأساسي التراكم السلبي لآثار التطبيق الغاشم لمفاهيم الفكر الحر بنزوعه الفردي المطلق. الأمر الذي لم يكن معه ثمة من مناص من صنع أدوات تسهم في رأب

(١) وبطول الخضوع، وبمرور الزمن، حدث أن تشرب الأفراد هذه القيم والأفكار بمرجعياتها الفلسفية والأيديولوجية، وصارت معتنقهم الخاص.

ما لحق التضامن القسري لهذه الجماعات السياسية من صدع، لإعادة تماسكها الحيوي واتزانها الجمعي، على ألا يكون من شأنها الذهاب بكليات وأصول هذه المنظومة الأيديولوجية. ليغدو الحاكم لآلية عمل هذه الأدوات القانونية، هو معالجة أوجه القصور والنقص الذي ظهر في منظومة الفكر الفردي الحر، على أثر التطبيق، لا القضاء عليها برمتها. ومن ثم لم يكن مسموحاً نهائياً، أن تنال أي من هذه الأدوات القانونية من أي من كليات أو أصول النظام القانوني الوضعي ذي المرجعية الفردية الحرة، الذي تنبني عليه أسس هذه الجماعات.

٥٢ ـ لذا كانت فكرة النظام العام من أصلح أدوات النظم القانونية الوضعية، تأهلاً للاضطلاع بهذه المهمة. ولعل ما تمتعت به من خصائص، فضلاً عن النجاح الذي حققته في مهمتها الأولى التي كلفت بها، كان مبعث تصدرها للقيام بهذه المهمة، بما تحوزه من ملكات وقدرات واسعة على الضبط والترويض. فالمراد هو الالتفاف حول ما أفرزه السلطان المطلق للإرادة والاستخدام الكامل لملكات الحقوق، من حال صدامي أنتج واقعاً شديد الاضطراب على مستوى العلاقات داخل الجماعات، التفافاً يمكن من ضبط سلطان الإرادات وأداء الحقوق، ضبطاً اجتماعياً يفضي إلى رفع ما أهيل من تراب على الأبعاد الاجتماعية للحقوق الفردية كافة. ليصير لكل إرادة فردية أو جماعية سلطانها الكامل، شريطة ألا تعرض أياً من أسس ومصالح الجماعة التي ترتكز عليها لخطر الانتهاك، تلك المصالح التي إن صلحت صلح الشأن التضامني للجماعة بأسرها.

٥٣ ـ وعليه صيغت فكرة النظام العام من الناحية الفلسفية، على نحو متضافر مع أسس وقيم المنظومة الفلسفية للفكر الفردي الحر. باعتبار أن النظام العام والحرية(١) وجهان لعملة واحدة. النظام العام شرط كامن في الحرية، متعين الوجود لأجل ممارستها. ففكرة النظام العام ليست سوى تنظيم لحركة الإرادات الفردية داخل الجماعة، تنظيم يحول دون تعارضها أو تصادمها(٢). هذه الفكرة بهذا التكييف الفلسفي لا تنطوي على أي عسف بالحقوق والحريات أو بملكات الإرادة، فحسب فكرة النظام

---

(١) الحرية في مفهوم الفكر الفردي الحر هي الجامع الأشمل لقيم الحقوق المطلقة وسلطان إرادة التصرف.

(٢) كان الأمر في البداية على هذا الحال، حيث إن كل قاعدة آمرة أو ناهية تستهدف منع تصادم أو تعارض المصالح الخاصة أو تنال مصلحة عامة بخطر ما، تعتبر قاعدة نظام عام. ولكن مع التطور نحو الاتجاه التدخلي للدولة في الشأن المجتمعي والشأن الخاص، انفرزت هذه القواعد آمرة عن قواعد نظام عام، بحيث لم تعد الأخيرة إلا لحماية الصوالح العامة الأساسية للجماعة، دون تلك التي تحمي صوالح خاصة من عسف استبداد إرادة فردية أخرى. انظر: د/ عصفور ـ وقاية النظام الاجتماعي باعتباره قيداً على الحريات العامة ـ طبعة ١٩٦١ ـ دار نشر المطبعةالعالمية ـ ص٩٤، ٩٥.

العام أنها نتاج فكر فردي حر متأسس على إطلاقات الحقوق والحريات وإرادة التصرفات، لينتفي عنها شبهة الريب التي يمكن أن تلحقها أو تصفها بكونها أداة انتهاك لأسس هذه المنظومة الفكرية وأصولها. إنها ليست إلا أداة لتنظيم الممارسة الحقوقية، ولضبط الاتجاه التصرفي للإرادات، بما يحقق لها تناغماً داخلياً، يتناسب مع كليات وأسس المعتنق الفكري للجماعة وأصوله الفلسفية، على النحو المحقق لصالح هذه الجماعة.

٥٤ ـ وهكذا تهيأت فكرة النظام العام للاضطلاع بهذه المهمة الجديدة، فبعد أن كانت هذه الفكرة أحد معاول التغيير الرئيسة، التي وظفتها الطبقة المنتصرة في أثر صراع اجتماعي طويل لصالح سيادة قيمها ومفاهيمها وأفكارها، من أجل إعادة تشكيل العقل الجمعي وترسيم أنماط الحياة وفق خصوصياتها الفلسفية إشباعاً لصوالحها الخاصة، وذلك على حساب باقي الأفراد والجماعات وطبقاتها. هاهي تتهيأ ثانية وقد أوكلت إليها المهمة العكسية، من وجهة إصلاح الاختلالات التي هزت هياكل الائتلاف الجمعي داخل هذه الجماعات وعرضت التضامن الضروري لهذا العمران لخطر التفتت. مهمة تهدف إلى حفظ التماسك الحيوي لهذه الجماعات، على سالف ما استقرت عليه مفاهيمها البورجوازية في شأن الحرية والحقوق وسلطان الإرادات، مع تنقية هذه المفاهيم من أوجه القصور التي شابت التجربة على نحو ما تقدم.

التطور الاقتصادي ساهم بدوره في تأكيد مركزية فكرة النظام العام:

٥٥ ـ وكان قد دعم هذا الاتجاه مجرى واقع الأحداث، فعلى إثر الانفصال النسبي لسلطان الدولة عن أصحاب المصالح من أبناء الطبقة الرأسمالية المسيطرة على العملية الإنتاجية من الناحية السياسية، حازت الدولة قدراً من الاستقلال في التفكير والنظر، مكنها من استظهار حقيقة حال التأزم، على مستوى القيم والمفاهيم البورجوازية ذاتها، الذي بات مهدداً دعائم النظام الفردي الحر من حقوق وحريات وإرادة التصرفات، بخطر الانقلاب إلى النقيض. فنتيجة لانتشار الآلة تعطلت الملايين من القوى العاملة، ونتيجة لزيادة العرض على الطلب تحكم رأس المال في اليد العاملة التي لم تعد تملك أي إرادة حرة في التصرف مما أدى إلى انعدام الحرية ذاتها، وإزاء انعدام الحرية وانتشار البطالة تركزت الحقوق في يد القلة من أصحاب المصالح حائزي رأس المال، ما بات يوشك باستحالة النظام الفردي الحر إلى نقيضه[١]. الأمر الذي حدا بالسلطة إلى التدخل لضبط عمليات التسيير المجتمعي، وفق قراءة جديدة لأسس النظام الفردي

(١) د/ مصطفى أبو زيد فهمي ـ المرجع السابق ص١٢٩ ـ وهذا الحال كان يهدد بثورات وانتفاضات شعبية تؤمن بالأفكار الاشتراكية في عدالة التوزيع والملكية الشعبية العامة لأدوات الإنتاج ووضع حدٍّ لاستغلال أحد طبقات المجتمع لباقي طبقاته.

الحر، مدعمة بأفكار مستحدثة عليه، من حيث فرض جواز تدخل الدولة في الأنشطة الفردية والاجتماعية، وتعين استهداف المساواة على مستوياتها النظرية المدنية والقانونية، وكفالة تطبيق مبدأ تكافؤ الفرص[1]. قراءة إيجابية مكنت من تفعيل الأسس التقليدية، في ضوء تلك الأفكار الجديدة المدخلة عليها، بصياغات حدت من الآثار السلبية لهذه الأسس، بمنطلقاتها مصدر الشرور والاختلال.

٥٦ ـ وكان لفكرة النظام العام نصيب وافر في الاضطلاع بهذه المهام، فبتبني تلك الأفكار الجديدة وبإسباغ الأردية القانونية عليها، استوت تلك الأفكار قواعد قانونية في مستوى ارتكازي، حدت من سلطان الإرادة المتفلتة، وحالت دون استغلال الأطراف القوية في العلاقات الاقتصادية للأطراف الأخرى الأقل قوة، وهذه جميعها خصائص لا جدال في تهيئتها القواعد القانونية التي تتسم بها، قواعد نظام عام عصية على المخالفة أو الخرق. كتدخل المشرع بإبطال شروط الإعفاء من المسؤولية في مجالات النقل، وإبطال صور الإجبار القانوني على التعاقد، وكذلك إلزام المنتجين والتجار ببيع ما لديهم من مصوغات وبضائع، وتحديد الأجور في عقود العمل، والأجرة في الإيجارات التجارية والأراضي الزراعية وأماكن السكن، وتسعير السلع[2].

١/٥٦ ـ بيد أنه وعلى مستوى هذه المهمة لم تستقل السلطة السياسية، كسالف عهدها، بالاضطلاع بها وحدها، بل تصدت معها السلطة القضائية في تنفيذها. ولعل التطبيق القضائي مرآة أكثر وضوحاً في الدلالة على كيفية توظيف فكرة النظام العام باعتبارها أداة قانونية لتحقيق أهداف الصالح العام للمجتمع بأسره، وهي المهمة الأخرى التي أوكلت لفكرة النظام العام. فهذه محكمة الرايخ الألمانية تنتهي في أحد أحكامها عام ١٩٢٠، إلى أن شرط الإعفاء من المسؤولية يخالف حسن الآداب إذا ما استغل الطرف القوي ما يتمتع به من احتكار فعلي أو حكمي في قطاع تكون خدماته ضرورية، محملاً الجمهور تضحيات غير عادلة[3]. وكذلك تتجلى فكرة النظام العام، آلية لضبط التضامن الاجتماعي، في أحكام المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، إبان الأزمة الاقتصادية التي ضربت العالم، في العقدين الثالث والرابع من القرن العشرين، فإزاء دعوى أقامتها عاملة فندق تطالب فيها بالفروق المالية بين أجرها الذي تتقاضاه والحد الأدنى للأجور الوارد بالقانون، قضت المحكمة لصالحها؛ على أساس موازنة عقدتها بين مصلحة الفندق في الاتفاق على ما يروقه من أجور وبين المصلحة العامة في حماية النساء العاملات من أرباب العمل، لتخلص المحكمة إلى

---

(١) د. مصطفى أبو زيد فهمي ـ المرجع السابق ـ ص١٣٢ ـ ص١٣٤.

(٢) د. ثروت أنيس الأسيوطي ـ الحق ـ المرجع السابق ـ ص٣٣.

(٣) المرجع السابق ـ ص٣٦.

التسليم بما للسلطة التشريعية من أهلية في اتخاذ الإجراءات الكفيلة بالتقليل من أضرار نظام استنزاف طاقة العمال واستغلالهم بأجور دون حد الكفاية، مما يعطي السلطة التنفيذية سلطان تقدير حدود دنيا للأجور وذلك تحقيقاً لسياسة حماية الضعفاء[١].

وهكذا يتبدى التطور الوظيفي لفكرة النظام العام المرتبط اطراداً بحركة الحدث التاريخي، وما يصاحبه من تلاحق فكري وفلسفي، أمر استمر في خاصة شأن فكرة النظام العام إلى أن استوت علىٰ جود القانون المعاصر.

النظام العام ومشروعية القواعد القانونية:

٥٧ ـ على أن ثمة حقيقة أخرى، تجلت إزاءها مهمة إضافية أوكلت لفكرة النظام العام، وذلك على مستوى تأسيس مشروعية القواعد القانونية، وهو ما يمكن التعبير عنه بمستوى المشروعية العليا لبعض القواعد القانونية، تلك المشروعية التي تعد أساساً لتبرير مقدار ما تتمتع به هذهِ القواعد القانونية، من مكنات الضغط على الإرادة والحد من سلطانها، بما يمنحها مصداقية عامة فوق عادية، تستلزمها خصوصيات طبائعها التكليفية الجزائية.

٥٨ ـ وتفصيل ذلك، أن القاعدة القانونية ـ أياً ما يكون مصدر شرعيتها ـ تجد في القبول الجمعي العام، السند الأساس في البقاء والفاعلية[٢]، فثمة من القواعد القانونية ما يكون ذا نشأة صحيحة من الناحية الشرعية، ومع ذلك سرعان ما يصيبها الذبول والانزواء، لعدم مصادفتها القبول الجمعي الذي هو مكنون خلفية الشرعية وقوة دفع كل قاعدة قانونية تروم دوام فاعليتها. فقديماً، وإلى نشأة الدولة الحديثة منتصف القرن الثامن عشر، كاد الأمر أن يستقر على معيار القبول الجمعي العام، ضابطاً لشرعية القاعدة القانونية. فقد استمر العرف، لأمد طويل، المصدر الوحيد للقاعدة القانونية. والعرف هو نتاج تواتر جماعة الأفراد على الأخذ بحلول معينة بصدد حالات محددة مع توافر الاعتقاد بضرورة احترامها والانصياع لحكمها، أي: هو الاستجابة الجمعية التلقائية لما تفرضه ضرورات الحياة لدى الجماعة. ومن ثم فهو باعتباره مصدراً للقاعدة القانونية، لا يعدو كونه استخلاصاً لما اطرد العمل به، سنة ملزمة، دونما أدنى تدخل من السلطة الحاكمة[٣]، وبمعزل كامل عن أي آليات اصطناعية منشئة للقاعدة القانونية. الأمر الذي بدا معه القبول العام مصدر الشرعية الوحيد لهذه القاعدة القانونية. ثم كان التطور الذي لحق المجتمعات، بحتمياته في التغيير والتبديل، حيث استحدثت مصادر للقاعدة القانونية خلاف العرف، ومع ذلك بقي القبول العام هو حجر زاوية شرعية القاعدة القانونية، فحال تنوعت مصادر القاعدة القانونية ما بين أمر الحاكم وسوابق

---

(١) د/ ثروت أنيس الأسيوطي ـ المرجع السابق ـ الحق ـ ص٣٩.

(٢) R.M Dworkin (Edition)-The Philosophy of law - Oxford University Press - 1982- P. 42.

(٣) د/ مصطفى محمد الجمال ـ المرجع السابق ـ الحق ـ ص٣٠٥.

الجهات القضائية والقواعد الكنسية الدينية[1]، ظلت مصداقية القاعدة التي تضفي عليها شرعية الدوام والاستمرار، رهينة التقبل الجمعي والاطمئنان العام لها. ولعلنا نتلمس في نظرية الفقيه الوضعي هارت «H.L.A.Hart»، خير دليل على قولنا، حيث يرى أن ثمة مصدرين للقاعدة القانونية، أولهما: العرف الذي يستلزم فضلاً عن القبول العام، عقيدة جمعية توجب الانصياع للقاعدة العرفية مع الاعتقاد بأنها خير منظم للسلوك. وثانيهما: أن تكون القاعدة القانونية قد صدرت وفق قواعد الشرعية. ففي نظره ثمة قواعد تكون منظمة لعملية صناعة القانون، اعتبرها قواعد شرعية تأصيلية، وحسب أي قاعدة قانونية أن تصدر وفق هذه القواعد التأصيلية حتى تتمتع بالمشروعية:

"The rule may be also binding if it is enacted in conformity with some secondary rules that stipulates that rules so enacted shall be binding"[2].

أما قواعد الشرعية التأصيلية هذه، التي أسماها «rules of recognition»، فهو يراها قواعد مطلقة لا تصدر بناء على قواعد شرعية تعلوها، وإنما هي قمة قواعد الشرعية، تلك المكانة التي تستمد سلطانها، من القبول الجمعي العام للدور الذي تلعبه في ضبط شرعية غيرها من القواعد القانونية الأخرى.

"of course, a rule of recognition cannot itself be valid, because by hypothesis it is ultimate and so cannot meet tests stipulated by a more fundamental rule. The rule of recognition is the sole rule in a legal system whose binding force depends upon its acceptance"[3].

الأمر الذي يتبدى معه جلياً، كيف أنه، مع تنوع مصادر القاعدة القانونية، كان القبول الجمعي العام متعيناً باعتباره مرجع الشرعية النهائية لأي قاعدة قانونية.

احتكار الدولة الحديثة لمصادر الشرعية:

٥٨ ـ بيد أن الأمر لم يلبث أن أصابه تبدل جذري بظهور الدولة الحديثة، وذلك على أشكال الشرعية وأنساقها كافة داخل المجتمع، حيث صاحب هذا الظهور، تأميم كامل لعملية صناعة القانون لصالح الدولة، والأخيرة لم يكن سلطان طغيانها ليتوقف على آليات الصنعة القانونية وحسب، بل امتد إلى أنساق شرعية العمل القانوني ذاته، لتغدو الدولة المصدر الوحيد لشرعية القاعدة القانونية دون مزاحم أو منافس. الأمر الذي تقلصت معه قدرات الجماعة على صناعة القانون إلى حد انحصر معه أي سلطان

---

(١) خاصة أن عملية صناعة القاعدة القانونية في ظل هذه المصادر، كانت غالباً تقعيداً لقاعدة عرفية تعبر عما له قبول جمعي عام، أو أنه كان يستند في استحداثه لقواعد جديدة غير معروفة سلفاً إلى المرجعية القدسية التي تمتع بها مصدر القاعدة. هذه المرجعية كانت تضمن دائماً تقبلاً عاماً للقاعدة المستحدثة كالقواعد الكنسية أو السوابق القضائية.

(٢) Dworkin - Ibid - P 41.

(٣) Dworkin - op.cit. - P 41.

لها في حكم مشروعية العمل القانوني. وبات أمر المشروعية قاصراً على الدولة وحدها حسب ما تسنه من قواعد وإجراءات يتعين توافرها ليتمتع العمل القانوني بسمت المشروعية. وهكذا اختفي القبول الجمعي العام من نطاق عناصر المشروعية بعد أن كان صاحب الهيمنة والسلطان الأول بهذا الخصوص.

٥٩ ـ فإن كان هذا التطور قد لحق الشرعية القانونية على المستوى الفلسفي، فإنه على المستوى الموضوعي صاحبه تطور مماثل، حيث انزوى العرف باعتباره أحد مصادر القانون في منطقة خفية من مناطق صناعة القانون، انزواء الدين والأخلاق العامة بذات المنطقة، بعد أن كانا مرجعين أساسيين للقواعد القانونية، وانفردت مفاهيم التنوير وقيمه بأفكارها وفلسفاتها بالمرجعية التأصيلية لهذه القواعد، انفراد التشريع بآلية صناعتها.

فكرة النظام العام وسيلة للقبول الجمعي بالقاعدة القانونية:

٦٠ ـ وعلى الرغم مما سلف جميعه، فإن التطور الذي لحق صناعة القاعدة القانونية لم يبلغ غايته المنشودة عند الدولة الحديثة. فقد اكتشفت الدولة استحالة تهميش دور القبول الجمعي بساحة الشرعية القانونية، إذ وجدت أن القاعدة القانونية المسنونة تشريعاً تتطلب، حتى تؤتي أكلها، قبولاً جمعياً، وإلا تعرضت لجميع صور التملص والخرق كلما أمكن ذلك. الأمر الذي لا تستقيم معه أوضاع هذه القواعد القانونية المشرعة بالأساس لضبط السلوك التلقائي وتهذيبه، وهو ما عجز عن الاضطلاع به عنصرا الجبر والجزاء وحدهما. فكان أن بات ملحاً ابتداع أدوات قانونية تمكن الدولة من حمل الجماعة على هذا التقبل العام، لتجد مرة أخرى ـ وليس أخيرة ـ في فكرة النظام العام بغيتها. فعن طريق نسبة القاعدة المراد إقناع الجماعة بها إلى هذه الفكرة، باعتبار القاعدة موفرة لحماية عليا للصوالح الكلية للجماعة التي لن تقوم لها قائمة أو بأقل القليل لن يستقيم لها أود بدونها، يمكن للدولة توفير القبول الجمعي المتطلب، لمنح القاعدة المصداقية الجمعية التي هي جوهر شرعية أي قاعدة قانونية، على نحو ما يضمن تفاعلها إيجابياً في المحيط الذي سنت للحركة داخله.

٦٠/١ ـ وبذلك يوكل لفكرة النظام العام الاضطلاع بعمل جليل آخر لصالح الدولة الحديثة، ولكن هذه المرة لا على مستوى صالحها المنظور وإنما على مستواه غير المنظور، فهي تقدم الإيحاء العام للقبول الجمعي، لأي قاعدة ترغب الدولة في توفير أكبر قدر من الضمان لها من حيث الاحترام والانصياع والتفعيل، نحو ما يحقق للدولة الهدف من وراء القصد.

وبفهم ما تقدم يضحى جلياً، تنوع المهام التي اضطلعت بها فكرة النظام العام وجليل إسهامها على مستويات توطيد ركائز الفكر الفردي الحر، وسيطرة الطبقة البورجوازية

على الجماعة بأسرها، فضلاً عن تثبيت دور الدولة الحديثة وتأكيد سلطان سيطرتها على الجماعة.

٦١ ـ بيد أن التطور ما لبث أن فرض واقعاً، أدى بدوره إلى خفوت الدور الذي اضطلعت به فكرة النظام العام على المستويين الأولين، لتستقر جهودها تركزاً في خدمة المستوى الأخير. ففي صالح سلطان الدولة انصب جل نشاطها، ساعداً فتياً يصبو لإنجاز مقاصد الدولة وفق مصالحها التي تحددها رؤاها الفكرية والفلسفية وفي ضوء أولوياتها وحدها. وهذه المكانة التي تبوأتها فكرة النظام العام كان لها انعكاسها على الفقه القانوني كله، الذي ما فتئ أن تلقفها ببالغ الاهتمام بالعكوف عليها محاولاً سبر غورها، لاستظهار أوصافها ومعالمها توصلاً لوضع تعريف محدد لها، الأمر الذي تصاعد بتصاعد الدور الذي غدت فكرة النظام العام تؤديه في فروع القانون كافة، إذ ما من فرع من أفرع شجرة القانون إلا وكان لفكرة النظام العام موطئ قدم فيه، ناهيك عن تلك الفروع القانونية التي خطت فيها الفكرة لذاتها كياناً مستقلاً.

محاولات التأصيل:

٦٢ ـ سعى الفقه القانوني حثيثاً لتأصيل فكرة النظام العام نظرياً، وذلك في محاولات متعددة على مستويات فروع القانون المختلفة، بيد أنه من المجحف نسبة الإخفاق إليه، لمجرد عدم تمكنه من إيجاد تكوين نظري لهذه الفكرة إلى الآن، ذلك أن هذه المحاولات جميعاً كانت جهوداً مضيئة لظلمة الغموض الذي اكتنف تلك الفكرة. فهذا الجهد الفقهي الكبير بما أولاه من عظيم اهتمام بتلك الفكرة، كان بمثابة مشاعل إنارة لدروبها المتعرجة، كشفاً عن انحناءاتها شديدة المرونة، ومن ثم فليس بعد من مناص عن وجوب إنصاف الفقه بهذا الخصوص. بيد أنه إنصاف، إن بدا ضرورياً، لا يعفي الفقه القانوني من جملة أخطاء منهجية، وصمت نهجه البحثي إزاء فكرة النظام العام، أخطاء رتبت بدورها عواراً موضوعياً شاب محاولاته التأصيلية المتعددة لوضع تعريف محدد لها، ولعل هذا هو سبب استمرار الفكرة المعنية على حال غموضها. ذلك أنه من الخصائص الوصفية التي صاحبت فكرة النظام العام، ولم يتوان الفقه البتة في إبرازها عند كل تعامل معها، أنها فكرة مرنة وغامضة. أما المرونة فلعدم ثبوت الفكرة على حال، مع تغير عناصرها وقواعدها موضوعياً من حال لآخر ومن مكان وزمان لآخر، الأمر الذي تقبله الفقه برحابة بل واعتبره مطلوباً دوماً. فاعتبرها فكرة قانونية هي بالأساس انعكاس أنساق وأنماط الفلسفات الفكرية والعقدية، بنظمها الاقتصادية والسياسية والثقافية والاجتماعية ومواريثها القيمية والخلقية السائدة في جماعة معينة في زمن معين. وقد أدى ذلك إلى بقاء فكرة النظام العام مرنة، تتغير في كل مجتمع بحسب ما يسوده في تلك المجالات من فلسفة وعقيدة، لكي توفر للنظام القانوني فيه التوافق

اللازم مع الواقع القائم. ولولا ذلك لانفصلت فكرة النظام العام عن الواقع انفصالاً يفضي بدوره إلى سقوط المنظومة القانونية بأكملها بعد حين. وأما الغموض فبمعنى عدم وضوح فكرة النظام العام وعدم انضباطها في مفهوم محدد. بيد أن هذه الخاصية التي يحتفي بها الفقه، وإن صادفت وجه الحق جزئياً، فهي ليست خاصية دائمة ملازمة للفكرة في كل حال. إذ فكرة النظام العام تتمتع بقدر من البيان تتأبىٰ معه على أن يصير الغموض أحد خواصها المميزة كما يفهم من الموقف الفقهي إجمالا.

٦٣ ـ لعل مبعث تعامل الفقه مع هذه الفكرة على أنها بهذا القدر اللامتناهي من الغموض، هو الأخطاء المنهجية التي شابت نهجه البحثي إزاءها ـ رغم تعدد المحاولات البحثية وتنوعها تشعباً ـ. فقد انطلق الفقه في بحث فكرة النظام العام من حيث شاء القابض على الحكم صاحب السلطة ـ ثم الدولة من بعد عندما هيمنت كاملاً عليها ـ أن تتبلور النظرة الجمعية تجاهها باعتبارها حامي حمى الصالح العام للجماعة بأسرها، لا من حيث كنه حقيقتها أو لب ماهيتها ـ كما سوف يبين لاحقاً ـ ومن ثم كان الخطأ المنهجي الأول الذي وقع فيه الفقه، واستمر مصراً عليه، هو التعاطي مع فكرة النظام العام من الوجهة المقصدية النهائية وحسب. والحال أن عملية تأصيل مفهوم أية فكرة قانونية تعد انعكاساً لجوهر اجتماعي في النسق القانوني، ليس سوى إشادة لبناء منظومي، يتعين دوماً أن ينطوي على العناصر المختلفة للفكرة ووحدات مفاهيمها المتعددة والمتنوعة، التي تعطي للفكرة عناصرها المنتظمة المتراتبة تراكمياً، لتؤثر في بنيتها المعرفية، سواء على مستوى سياقها الفكري أم مستوى انفعالها الممتد مع الوسط المجتمعي المشيدة فيه[(١)]. فلئن كان الضابط البحثي للوضعية الفكرية المعاصرة هو النهج التطبيقي[(٢)]، من تجربة ومشاهدة وملاحظة، فمن ثم يغدو من المتعين على الفقه القانوني إزاء محاولات التأصيل المفهومي لفكرة النظام العام، أن يتعامل تطبيقاً مع الفكرة، من حيث هي نسق من العناصر المختلفة المتآلف انتظاماً،فيبتغى من وراء النهج التطبيقي تنقيح تلك العناصر، حيث تتم عملية البناء المفهومي للفكرة لأجل إشباع هذه العناصر. وهو الأمر الذي يستلزم حتماً البحث في هوية فكرة النظام العام بمصادرها التاريخية وأصول نشأتها ومرجعياتها الفكرية والفلسفية، التي تستقيم الفكرة على خلفية منها، على نحو ما يسهم في إبراز سيرة المفهوم، من وجهات الذات والتطور، لا وجهة المقصد الكلي وحسب.

٦٤ ـ **منهجنا في تأصيل فكرة النظام العام**: وعليه، فإننا إذ نشرع في محاولة البناء المفهومي لفكرة النظام العام، نؤثر أن نتبع نهجاً يعتمد على تحديد المفهوم من خلال

---

(١) مقدمات أساسية حول عملية إعادة بناء المفاهيم ـ دراسة غير منشورة ـ د/ سيف عبد الفتاح ـ ص٦.

(٢) الامبريقي.

بحث الهوية والعناصر الداخلية، في ضوء ما سلف لنا استظهاره من مصادرها التاريخية وأصول نشأتها، وما يُعد مرجعية فكرية وفلسفية لها، فضلاً عن مقاصدها العليا التي لم تكن الفكرة إلا لأجلها، فإذا ما وفقنا الله لهذا وفرغنا منه، عرجنا إلى مناقشة البناء المفهومي لها في ضوء الاجتهادات الفقهية المعاصرة.

١/٦٤ ـ على أننا سوف نتعرض بداية لمسألة تعيين مقاصد فكرة النظام العام تحديداً، وذلك قبل التعرض إلى عناصر هويتها الداخلية بتركيباتها المؤلفة لهيكلها المفهومي، وذلك خضوعاً للاعتبار المنهجي المتمثل في أن أولى خطوات بناء المفهوم هي تحديد المقصد والغاية من وراء ترسيمه، وعلى هدى من هذه الأسس، يتم الكشف على مدى صلاحية هذا المفهوم وقدرته على التعامل مع الواقع.

المبحث الثاني

الإطار الغائي لفكرة النظام العام ومقاصدها

٦٥ ـ **تمهيد**: أبانت لنا المقدمات التاريخية سالفة البيان، الأدوار المختلفة التي اضطلعت بها فكرة النظام العام، والخلفيات التي كانت وراء تبلورها على نحو ما استقرت عليه بوضعيتها المعاصرة. فاستظهرنا تطورها من مجرد أداة قانونية استخدمتها قوى التنوير بتوجهاتها الفردية الحرة (الليبرالية) المتحالفة مع القوى البورجوازية الصاعدة في صراعها ضد تحالف الإقطاع والكنيسة الذي كان مسيطراً على الوجدان الجمعي، من أجل استخدمها لتغيير العقل الجمعي ذاته وإعادة تشكيله وفق قيم التنوير العلمانية ذات المفاهيم التقدمية المتحررة من سلطان التبعية الدينية والسطوة الإقطاعية، إلى أن أصبحت بعد ذلك أداة قانونية بيد الدولة القومية المعاصرة تستهدف من ورائها مصالح كلية على مستويي الدولة والجماعة. وهكذا انتهى المطاف بفكرة النظام العام إلى أن صارت فكرة من أفكار القانون المحورية التي ارتكزت عليها الدولة تحقيقاً لصالحها الأعلى، باعتبار الدولة في الفلسفة الحديثة المحدد لأهداف الجماعة ومصالحها، وليس الساهر على ضمان تحقق المصالح الجمعية وأهدافها وحسب. وعلى مستوى آخر كادت فكرة النظام العام أن تكون النافذة الشرعية الوحيدة التي تمكنت الجماعة من خلالها بث قيمها وأفكارها إلى المنظومة القانونية السائدة في المجتمع، على النحو الذي حفظ لهذا النسق القانوني اتساقه الحيوي مع المعتنق الجمعي، سواء الفلسفي والاجتماعي والخلقي، وضمن له دوام التطور بتطور الجماعة.

٦٦ ـ **فقه القانون الخاص**: الأمر الذي بدا معه شديد الإغراء مقاربة مفهوم فكرة النظام العام من خلال مقاصدها الغائية، باعتبار تلك المقاصد أظهر أوصاف هذه الفكرة وأكثرها وضوحاً، مما أدى إلى أن إنجذب إليه غالب فقه القانون الخاص، حيث دارت تعريفاته لهذا المفهوم معبرة عن هذه المقاربة. ففكرة النظام العام لديه هي «مجموع الأسس التي يقوم عليها بنيان المجتمع وكيانه المادي بحيث لا يتصور قيام هذا البنيان أو الكيان واستمراره عند تخلفها»[1]. أي «كل ما يرتبط بمصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية (مثل أغلب روابط القانون العام) أو

(١) د/ مصطفى محمد الجمال ـ المرجع السابق ـ ص١٣١.

اجتماعية (مثل القوانين الجنائية وما يتعلق بتكوين الأسرة وحالة الأشخاص المدنية والأهلية) أو اقتصادية (كالقواعد التي تنص على حماية الملكية والقواعد التي تجعل التنافس حراً أمام الجميع) أو خلقية وهي التي يعبر عنها بقواعد الآداب»[١]. وهكذا يتبلور مفهوم النظام العام لدى فقه القانون الخاص انحصاراً بهذا النطاق، باعتباره «مجموعة المبادئ الرئيسية التي تعتبر أساساً للقانون في ذلك البلد، وهو بمثابة العمود الفقري لقانون ذلك البلد »[٢]، أي «مجموعة الأسس التي يقوم عليها كيان الجماعة. سواء أكانت أسساً سياسية أو اقتصادية أو مالية أو اجتماعية أو خلقية، أو هو مجموعة المصالح الجوهرية للجماعة، سواء أكانت مصالح سياسية أو اقتصادية أو مالية أو اجتماعية أو خلقية»[٣]، والخلاصة أن فكرة النظام العام عند فقه القانون الخاص لا تخرج عن كونها، أسس الجماعة التي ينبني عليها كيانها، وما يوفره وجود هذه الأسس من تحقيق لصوالحها الكلية العليا[٤].

٦٧ ـ **فقه القانون العام**: ثم يأتي فقه القانون العام، لتدور تعريفاته حول مفهوم فكرة النظام العام، وذلك في محصلتها النهائية، غير بعيدة عما انتهي إليه نظيره في القانون الخاص، ولعل قدر التباين بينهما إنما يُرد إلى طبيعة أصول وكليات القانون العام المفارقة لأصول وكليات القانون الخاص؛ مفارقة منبتها طبيعة روابط القانون العام والمراكز القانونية التي تحكمها قواعده وظهور الدولة على ساحته لا بوصفها طرفاً نداً وإنما باعتبارها الطرف الأقوى صاحب السلطان والتسيد. لذلك ذهب غالب فقه القانون العام إلى أن فكرة النظام العام هي الضابط المعياري لسلطان الضبط الإداري الذي تملكه الدولة، إذ ثمة عناصر تقليدية للنظام العام تحتل نطاق المحافظة على الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة[٥]، هي التي اعتبرها الفقه متصلة بحماية أسس الحياة الاجتماعية[٦]، وهذا المفهوم هو ما اصطلح عليه الفقه بأنه «فكرة النظام العام بمعناها

---

(١) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، د/ أحمد حشمت أبو ستيت ـ أصول القانون أو مدخل لدراسة القانون ـ دار الفكر العربي ـ طبعه ١٩٥٣م ـ ١٣٧٣هـ ـ بمطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ـ هامش ص١٨٠، ١٨١.

(٢) د/ سليمان مرقص ـ المدخل للعلوم القانونية ـ المرجع السابق ـ ص٧٩.

(٣) د/ محمود جمال الدين زكي ـ دروس في مقدمة الدراسات القانونية ـ الطبعة الثانية ـ ١٣٨٩هـ، ١٩٦٩م ـ الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ـ ص١٦٩.

(٤) د/ خليل إبراهيم خليفة ـ هل يجوز للمحكمة أن تعدل من العقد المخالف للنظام العام ـ مجلة العدالة ـ مجلة فصلية يصدرها مركز البحوث القانونية في وزارة العدل ـ بالعراق ـ العدد الأول ـ السنة السادسة ـ ص١٠٥.

(٥) د/ محمد محمد بدران ـ مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الإداري ـ دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي ـ طبعة ١٩٩٢ ـ دار النهضة العربية ـ ص٦٤.

(٦) د/ محمد عصفور ـ وقاية النظام الاجتماعي ـ الكتاب الثاني ـ المرجع السابق ـ ص٢٧٦.

الضيق»، حيث هي «بصفة غالبة تستهدف حماية أوضاع المجتمع العادية من أوجه الإخلال بالأمن بمعناه المادي، وهي بهذا الوصف فكرة توجّه إلى أعمال غير مشروعة بطبيعتها»[١]. ومن ثم ففي أحوال التهديد الذي قد يحيق بالنظام العام داخل الدولة، أي: أحوال إثارة الاضطراب في الأمن أو الصحة أو السكينة، يكون للدولة سلطة التدخل بإجراءات ضبطية تمكنها من إعادة حال الهدوء والاستقرار الاجتماعي إلى سالف عهده. على أن ثمة اتجاه فقهي حديث يرى التوسعة في مفهوم فكرة النظام العام لدى القانون العام، وعدم قصره على مدلوله الثلاثي التقليدي سالف الإشارة. ذاك أنه إزاء زيادة مهام الدولة واتساع نطاق واجباتها، ذهب هذا الاتجاه الفقهي إلى امتداد سلطان الدولة الضبطي ليطول أنشطة سياسية واقتصادية وخلقية، بحسبان أن حماية النظام العام إنما تعني في حقيقتها الدفاع عن كيان الدولة التي تملك، وهي بسبيل تحقيق غايتها، حق إجبار الأفراد على احترام النظام ولو بالقوة[٢]. فالنظام العام هو تعبير عن «روح النظام القانوني لجماعة ما ويمثل خطة عامة لتنظيم المجتمع ولا يقتصر على ميدان واحد أو ميادين خاصة من ميادين التنظيم القانوني وإنما يتغلغل فيها كلها»[٣]. وعليه فلم تعد حماية الأمن والصحة والسكنية عناصر مفهوم فكرة النظام العام حصراً، إذ ثمة عناصر أخرى أضحت من النظام العام كحماية الصالح المالي للدولة بمكافحة التهرب الضريبي، وفرض التسعير الجبري للسلع أو الخدمات، وكحماية الثروة الطبيعية للدولة وآثارها التاريخية[٤]. ليخلص جزء من هذا الاتجاه الفقهي الموسع لمفهوم فكرة النظام العام، إلى ابتناء هذا المفهوم على نحو متراكب من طبقات، حيث يضحى مفهوم فكرة النظام العام في أحد طبقاتها تعبيراً عن فكرة القانون والمثل العليا للجماعة مربوطاً بالغاية التي قامت الدولة من أجلها، فتتضمن هذه الطبقة ـ من مفهوم الفكرة ـ أسس عمل السلطة الحاكمة وقيمها وخط سيرها. وتتضمن طبقتها الثانية القيم والأسس الضابطة للسلوك الاجتماعي، التي لا يجوز للأفراد تجاوزها أو انتهاكها. على أن تنطوي طبقتها الثالثة على مجموعة الوسائل والأدوات التي تستخدمها الدولة لتحقيق أهدافها المنشودة والمحافظة في الوقت نفسه على القيم الجمعية وأوضاع الجماعة الأساسية[٥].

٦٨ ـ **فقه القانون الدولي الخاص**: والأمر ذاته دار في فلكه فقه القانون الدولي

---

(١) د/ محمد عصفور ـ المرجع السابق ـ ص٢٨٢.

(٢) د/ محمد محمد بدران ـ المرجع السابق ـ ص١٢٤.

(٣) د/ محمد عصفور ـ المرجع السابق من الكتاب الأول ـ ص١١٩.

(٤) د/ محمد محمد بدران ـ المرجع السابق ـ ص١٤٠.

(٥) د/ محمد عصفور ـ المرجع السابق ـ الكتاب الأول ـ ص١٢٦.

الخاص، في صياغاته لمفهوم فكرة النظام العام. ففكرة النظام العام تستخدم في إطار هذا الفهم القانوني، بوصفها دفعاً يراد به استبعاد إعمال القانون الأجنبي واجب التطبيق، الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية، لمصلحة القانون الوطني (قانون دولة القاضي)(١)، فيما إذا ثبت للقاضي أن هذا القانون الأجنبي لا يتفق مع الأسس التي يبتنى عليها النظام القانوني لدولته(٢). إذ في مثل هذه الأحوال «من البديهي أن يبحث القاضي عن وسيلة يحول بها دون تطبيق أحكام هذا القانون الأجنبي، أي إنه لتلافي النتائج غير المقبولة التي يؤدي إليها تطبيق قاعدة الإسناد، يتعين إيجاد صمام أمن يحمي المجتمع الوطني من القوانين الأجنبية التي تقضي قاعدة الإسناد بتطبيقها، إذا تبين أن تطبيق هذه القوانين يتعارض والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي»(٣).

١/٦٨ ـ بيد أنه على الرغم من هذا الاستخدام لفكرة النظام العام على صعيد القانون الدولي الخاص، فإن فقه هذا الفرع القانوني يكاد يستقر اتفاقاً على أن فكرة النظام العام، في مجال القانون الدولي الخاص، تسعى ذات سعيها في مجال القانون الداخلي لتحقيق «هدف رئيسي واحد هو حماية النظام القانوني الوطني وتدعيم قوانين الدولة الأساسية»(٤). حيث إن هذه الفكرة إنما هي في جوهرها انعكاس للرأي العام وللأفكار السائدة في مجتمع دولة القاضي من زمن معين(٥). لذا نلحظ الدكتور/ أحمد مسلم يُعرّف فكرة النظام العام بحسبها التنظيم العقلي ـ المنطقي ـ لكل شيء لدى الشعب:

"L'ordre public est la disposition rationnelle de toutes choses dans un peuple".

وكذا هو النظام داخل الدولة بوصفه نوعاً من التنظيم لمختلف القوى الاجتماعية(٦). الأمر الذي انتهى معه هذا الفقيه إلى أن إعمال القاضي الدفع بالنظام العام، يكون عند تعارض القانون الأجنبي واجب التطبيق، إما مع الأفكار الأساسية للنظام القانوني لدولته بمبادئه العليا التي قد لا تكون مصاغة في نصوص تشريعية وإنما تتجلى مرجعية أسمى للنصوص والحلول التشريعية ويتأسس عليها البنيان القانوني لهذه الدولة، وإما مع قواعد

---

(١) د/ حامد زكي ـ أصول القانون الدولي الخاص المصري ـ الطبعة الرابعة ـ ١٩٤٦ ـ مكتبة عبد الله وهبه بمصر ـ ص١٩٧.

(٢) د/ فؤاد عبد المنعم رياض، د/ سامية راشد ـ الوسيط في القانون الدولي الخاص ـ الجزء الثاني: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي طبعة ١٩٩٢ ـ دار النهضة العربية ـ ص١٣٣.

(٣) د/ فؤاد عبد المنعم رياض، د/ سامية راشد ـ المرجع السابق ـ ص١٣٤.

(٤) المرجع ذاته ـ ص١٣٦.

(٥) المرجع ذاته ـ ص١٤٤.

(٦) د/ أحمد مسلم ـ المرجع السابق ـ ص٣١.

العدالة إذا ما كان من شأن تطبيق القانون الأجنبي تقديم حلول ظالمة[١]. الأمر الذي يخلص معه إلى أن نطاق فكرة النظام العام بأدائها الدفعي في مجال القانون الدولي الخاص، إنما ينحصر في تعارض القانون الأجنبي واجب التطبيق مع الأسس الخلقية أو الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية في دولة القاضي على نحو يضر بمصالحها العليا[٢]. الأمر الذي يتجلى معه جوهر مقصد الفكرة المعنية على مستوى فرع القانون الدولي الخاص، الذي لا يفترق البتة عن جوهر مقصدها على مستويي القانونين العام والخاص، من حيث ابتغاء الصالح الكلي للدولة وصيانة أسسها وقيمها العليا من كل مساس، سواء أكان مصدر هذا التهديد داخلياً ـ فردياً أو جمعياً أو مؤسسياً ـ أو خارجياً.

٦٩ ـ تغليب الفقه للمفهوم الغائي: وتنتهي بنا العجالة السابقة، إلى أن غالب المقاربات الفقهية لمفهوم فكرة النظام العام، يكاد ينحصر في التعريف الغائي للمفهوم، بحسبان ما تستهدفه فكرة النظام العام من حماية للصوالح الكلية العليا للدولة، عن طريق تجسيد الفكرة لهيكل الأسس والقيم التي تبني عليها الدولة كيانها ـ سواء في ذلك الأسس الأيديولوجية (العقدية) أم السياسية أم الاجتماعية أم الاقتصادية أم الخلقية ـ وبما توفره من سياسة حمائية لجملة هذه الأسس تمكنها من تحقيق بغيتها وإشباع المستهدف من مصالح كلية. وتأثراً بهذا البعد الغائي لفكرة النظام العام صيغت تعريفات الفقه المختلفة لمفهوم هذه الفكرة من خلال هذه الزاوية، لتصير فكرة النظام العام إما مجموعة المصالح الجوهرية للجماعة، وإما الأسس التي يتحقق للجماعة بها مصالحها الكلية، وما يندرج ضمن هذا من مفاهيم فرعية لهذا البعُد الغائي كحماية أوضاع المجتمع العادية من أوجه الإخلال المختلفة على نحو ما تقدم.

٧٠ ـ نقد هذه المقاربة: بيد أن إنعام النظر، يفصح عن عوار شاب غالب هذه المقاربات الفقهية لمفهوم فكرة النظام العام، عوار على المستوى المنهجي وصم البناء المعرفي لهذا المفهوم، وآخر على المستوى الموضوعي نتج عن قصور في تقدير الأبعاد غير الظاهرة للفكرة ذاتها.

٧٠/١ ـ إهمال خصائص الفكرة: أما عن العوار المنهجي الذي وصم تلك المقاربات الفقهية على سالف ما أشرنا، فالمستقر معرفياً أن المفهوم منهجاً هو فحوى اللفظ وما يفهم منه، أي مجموع خصائص اللفظ وصفاته التي يتكون منها معناه العام[٣]، يلزم استظهاره وتشييد بنائه معرفياً استظهار الوحدات الفرعية المتنوعة له التي

---

(١) د/ أحمد مسلم ـ المرجع السابق ـ ص٥٦، ٥٧.

(٢) د/ منصور مصطفى منصور ـ تنازع القوانين ـ ١٩٥٦ ـ ١٩٥٧ ـ الناشر: دار المعارف بمصر ـ ص١٣٧.

(٣) د/ سيف عبد الفتاح ـ ملف المفاهيم «الإشكالات والالتزامات ـ البناء وإعادة البناء» بحث غير منشور ـ ص١(أ).

تمثل خصائصه، وذلك بتراتب تراكمي في بيئة حقله المعرفي. ولا يكون ذاك إلا بتأريخ دقيق للسيرة الذاتية للمفهوم، استعراضاً لظروف نشأته ومراحل تطوره المختلفة بمؤثراتها المتباينة، مروراً بحال وضعه المعاصر، وذلك على نحو متكافئ مع مهمة تحديد مقاصده التي من أجلها ابتنى هذا المفهوم والتطورات التي طرأت على هذه المقاصد، فضلاً عن حاله القصدي المعاصر بأهدافه المعنية، وذلك كله على النحو الذي ينجلي معه ما يسمى «بميتافيزيقا المفهوم»، أي: الفلسفة المحركة له، ومؤثراته الاجتماعية بأبعادها النفسية، وذلك جميعه على النحو والكيفية التي تمكّن من استجلاء الخواص الذاتية لماهيته بعناصرها الداخلية وأوضاعها اللصيقة المنضبطة ظهوراً. وبمراجعة ما تقدم في ضوء ما تم على مستوى التحليلات الفقهية لمفهوم النظام العام، يتبدى مقدار ما تفتقر إليه غالب تلك المقاربات الفقهية من معايير التحليل العلمي المتطلبة لسبر أغوار المفاهيم المعرفية. إذ المستظهر باستقراء مجمل تلك التعريفات الفقهية، عدم تناولها للمفهوم إلا من الزاوية القصدية فحسب، مما استحال معه المفهوم إلى مجرد هيكل للأسس والقيم التي يبتني عليها كيان الدولة وحده وفق ما يحقق لها مصالحها العليا، دونما عرض لسيرة المفهوم الذاتية ودونما تفكيك لعناصرها غير المرئية الحاضرة فعلاً وتأثيراً في تكوين المفهوم وحركته المتطورة، ودون الاجتهاد في تحليل خواصه الذاتية استخراجاً لأوصاف ماهيته المنضبطة[1]. وهو ما يشكل خطأ منهجياً جسيماً، لا تقتصر آثاره عند مجرد كونه ثغرة في البناء المفهومي يصلح من خلاله تصويب سهام النقد إليه، وإنما بالأساس رتب فهماً غير متكامل لمفهوم فكرة النظام العام، أدى بدوره إلى حال من الغموض والتشوش أصاب الفكرة ذاتها، مخلفاً معاني غير حقيقية لها. الأمر الذي انفتح معه السبيل لاستخدامات لها في غير ما وجدت لأجله، على ما سوف يتضح لاحقاً[2]. وهذا كله يعُد مأخذاً حقيقياً على هذه المقاربات الفقهية يتعين تجنبه عند محاولة بناء مفهوم فكرة النظام العام على مستواه التأصيلي النظري.

٧٠/ ٢ ـ الخلط بين الدولة والجماعة: وثمة خطأ منهجي آخر، وقع فيه الفقه إزاء محاولاته المتعددة لبناء مفهوم فكرة النظام العام، ألا وهو خلطه الدائم بين الدولة من جانب والجماعة من جانب آخر، رغم تمايزهما، فثمة فارق بين الدولة، هذا الكيان السياسي بمؤسساته المهيمنة على عقل المجتمع والمسيرة لحركته، القابض على ناصية أمور هذا المجتمع، وبين الجماعة المتألفة من كيانات فرعية ذات انتماءات متداخلة

---

(١) وهذا لا يعني أن القصور لحق كافة الاجتهادات الفقهية، حيث عرض البعض منها إلى بعض من هذه الأمور، خاصة الخواص الداخلية للمفهوم، وهو ما سيتبين لاحقاً إن شاء الله.

(٢) كاستخدام فكرة النظام العام معياراً للتمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المفسرة (المكملة) في مجال القانون المدني، رغم أن جوهر ماهيتها لا يصلح للاضطلاع بهذه المهمة الضبطية.

يتوزع الأفراد عليها، وفق معايير الانتماء الفرعية المختلفة المأخوذة في الاعتبار، والتي على هدى منها تتكون الجماعة، بوصفها شبكة العلاقات بين الأفراد وجماعات الانتماء الفرعية، جسداً نابضاً بالحياة، قادراً على التسيير الذاتي حسب مفاهيم وأنساق قيمية مصدرها الجماعة ذاتها. هذا التمايز يزداد قدره أو يقل حسب قدرة الدولة على أن تكون تعبيراً صادقاً عن هذه الجماعة بأفكارها وأسسها وقيمها. الأمر الذي بحسبه يحدث، على ذات المستوى وبذات القدر، تمايزاً مماثلاً في أهداف كل منهما ومصالحه التي يرمي إليها، بل قد يحدث تمايزاً على مستوى أسس الأنساق القيمية والمعتنق العقدي (الأيديولوجي) ذاته لكل منهما. ومن ثم فلما كانت فكرة النظام العام فكرة قانونية لها من الأبعاد الاجتماعية ما لها، باعتبارها أحد أدوات الدولة لإحداث حراك اجتماعي وفق مصالحها، وفي بعض الأحيان وسيلة الجماعة للتغلغل داخل المنظومة القانونية الضابطة للسلوك، التي هي نتاج الرؤية الأحادية للدولة، نقلاً لبعض قيم وأسس هذه الجماعة إلى منظومة القانون، فكان من المتعين على الفقه مراعاة هذا الافتراق، بحيث يؤسس نموذجه المعرفي لمفهوم فكرة النظام العام على سند من هذا التمايز، على النحو الذي يمكن أن يتكشف معه ما إذا كانت فكرة النظام العام محض تعبير فوقي لجملة أسس وقيم الدولة التي تفرض بواسطتها على الجماعة وفق ما يحقق مصالح الدولة العليا أولاً، أم أنها ترجمة صادقة من قبل الدولة لأنساق أسس وقيم الجماعة التي تشيد الدولة ذاتها ركائزها على هدى منها؟ وهو ما لا يتأتى إلا بدراسة السيرة الذاتية للمفهوم ـ على نحو ما بدأناه بدراستنا ـ فضلاً عن دراسة العناصر غير المرئية المؤثرة فعلاً فيه ـ والتي اصطلحنا إيجازاً عليها «بميتافيزيقا المفهوم» ـ من فلسفة كامنة وراءه وأبعاد اجتماعية ونفسية مؤثرة في تشكيله وتطوره.

٧٠/ ٣ ـ القصور في تحليل أبعاد الفكرة ومقاصدها: وعن العوار الموضوعي الذي لحق جهود التأصيل الفقهي لمفهوم فكرة النظام العام المنطلقة ابتداء من محض منظور غائي والخالصة انتهاء إلى صياغة بناء معرفي للمفهوم متأسس على مقصد غائي وحيد لفكرة النظام العام، فإنه يرد إلى القصور الشديد الذي شاب التحليل الفقهي لأبعاد الفكرة الغائية ومقاصدها المتعددة، حيث كاد غالب الفقه أن يحصر قصد الفكرة في الصيانة الحمائية لأصول وكليات أسس وقيم المجتمع مختزلاً في مفهوم الدولة التي يبتنى عليها كيانه، والتي يضمن توافرها تحقيقاً لمصالح المجتمع العليا سواء الأيديولوجية (العقدية) أم السياسية ام الاجتماعية أم الاقتصادية أم الخلقية. على أن الاستعراض التفصيلي للسيرة الذاتية لمفهوم فكرة النظام العام والتحليل الموضوعي لعناصر ماهيته، حسب استخداماته المتعددة، يفصح لنا عن أبعاد قصدية تتغياها الفكرة خلاف تلك الغاية التي أصَّل عليها غالب الفقه بناءه المعرفي لمفهومها. وليس مفاد هذا

أننا بصدد كشف غير مسبوق على المستوى الغائي لفكرة النظام العام، إنما هو في حقيقه هتك لأستار وحجب أسدلت على هذه المقاصد، من الفقه من سبق إليها حيث أماط اللثام عن بعضها، إلا أن ما وصم منهجيته البحثية من عوار ـ على ما تقدم ـ ربما يكون سبباً مباشراً ومؤثراً في محدودية نتاج ما توصل إليه.

٧٠/ ٤ ـ **النظام العام أداة قانونية للدولة:** ولعل أول هذه الغايات التي أفصح عنها استعراضنا السابق لسيرة مفهوم فكرة النظام العام الذاتية، أن فكرة النظام العام كانت، وأبداً ستكون، أحد أهم أدوات الدولة القانونية لتحقيق أهدافها المخصوصة المتميزة عن أهداف الجماعة ومصالحها، وذلك إما حسب تصورها الخاص لواقع المصلحة العامة المنفصل عن التصور الجمعي لهذه المصلحة، وإما استهدافاً لمصلحة سياسية أو اقتصادية خاصة بالسلطة الحاكمة على حساب الصالح العام للجماعة بأسرها، وهو ما عبر عنه الدكتور محمد عصفور بكون «النظام العام بطبيعته فكرة سياسية واجتماعية، لأنه يعبر عن الخطة السياسية التي ينتهجها نظام الحكم في تنظيمه للروابط الاجتماعية في وقت معين. ولذلك يكون النظام العام فردياً أو جماعياً تبعاً للخطة السياسية التي يُسخر المشرع نظامه القانوني لحمايتها»[١]. وفي هذا يشير الدكتور محمد بدران إلى أن ثمة اتجاهاً فقهياً يرى أن «السلطة الحاكمة تفرض النظام الذي يحقق لها البقاء مدة كبيرة في الحكم، والنظام العام ما هو إلا انعكاس لآرائها وفلسفتها. وبالتالي فالضبط عندما يقوم بحماية النظام العام، فهو يحقق مصالح الطبقة الحاكمة، ومن ثم فإن القول بأن الضبط وظيفته حماية الأوضاع الرتيبة في المجتمع، قول يجافي الواقع والحقيقة، ويتناقض مع معطيات التاريخ»[٢]. وبذلك يكون لفكرة النظام العام غاية قصدية يضحى عسيراً تجاهلها أو الغفلة عنها، ألا وهي تسخيرها لتحقيق غايات مخصوصة بسلطة الحكم تتعلق بالمصلحة العامة أو بتحقيق أهداف خاصة بالسلطة ذاتها (سياسية أو اقتصادية) منبتة الاتصال بالصالح الجمعي العام، وهو ما يتحقق في حاله الأول عن طريق تسخير الدولة أو القائمين عليها فكرة النظام العام لفرض عقائد فلسفية أو قيماً سياسية أو أسساً اقتصادية، تختلف عما هو معتنق جمعياً، باعتبار هذا المفروض هو ما فيه الصالح العام، وذلك في شكل قواعد قانونية قسرية ـ آمرة أو ناهية ـ مصحوبة دوماً بجزاء على المخالفة، فضلاً عما تمنحه لسلطات الدولة من سلطان جبر الأفراد على اعتناق هذه الأفكار قسراً والتزامها عملاً وسلوكاً. كما يتحقق في حاله الآخر، عندما تقوم السلطة الحاكمة بفرض مشيئتها على الأفراد حماية لسكينتها هي أو للنظام السياسي القائم أو لمصالح طائفية معينة أو حزبية متميزة عن المصلحة الجمعية، معتمدة في هذا على

(١) د/ محمد عصفور ـ المرجع السابق ـ الكتاب الأول ـ ص١٢٤.

(٢) د/ محمد بدران ـ المرجع السابق ـ ص١٢٤.

أسلوب السلطة العامة، مستخدمة القوة في تنفيذ تدابير وقرارات، بداعي الحفاظ على النظام العام، مكرهة الأفراد على طاعة ما لا يبغونه أو يرونه صالحاً لهم[1]. الأمر الذي يتجلى معه على نحو بارز التوظيف المخصوص لفكرة النظام العام للمصالح الذاتية للدولة أو القائمين عليها، حيث تستخدم فكرة النظام العام بقصد استهداف هذه المبتغيات المنفصلة عن الأهداف الجمعية للأفراد.

٧٠/ ٥ ـ وظيفة اجتماعية لفكرة النظام العام: وثاني هذه الغايات التي استهدفها المنحى القصدي لفكرة النظام العام، تلك التي وجدت باعثها في أصول البناء القانوني المعلن، المؤسس على إطلاق سلطان الإرادة وملكات الحقوق، إطلاقاً من شأنه بعث حال من الصراع الصدامي بين إرادات الأفراد المتفلتة من كل قيد وحقوقهم غير المنضبطة بحد، على إثر تعارض اتجاهات هذه الإرادات والتداخل الذي يحدثه الاستخدام الكامل لملكات الحقوق، الأمر الذي يتهدد تماسك الجماعة الحيوي الحتمي للحياة الهادئة المستقرة. فكانت فكرة النظام العام بقواعدها الآمرة الناهية «حداً لسلطان الإرادة في إبرام العقود والاتفاقات: الاتفاق المخالف للنظام العام أو الآداب يكون باطلاً ولو لم يكن فيه خروج على قاعدة قانونية معينة أو نص تشريعي معين»[2]. وذلك بحسبان أن جوهر القواعد التي تتعلق بالنظام العام «هو فرض إرادة المشرع والتضحية بإرادة الأفراد أو بما يسمى بمبدأ سلطان الإرادة، وجزاؤها بطلان هذه الإرادة الفردية إن خالفت إرادة المشرع»[3]. الوضع الذي عُبر عنه بكون «قواعد السلوك الاجتماعي الموجهة إلى الأفراد، قواعد إلزامية تقف من ورائها سلطة الدولة تحميها وتفرضها قهراً»[4]. وعليه فقد تبلور لفكرة النظام العام هدف قصدي قد يكون متميزاً عن سابقيه في شأن حفظ الاتزان القسري للمجتمع وتجفيف منابع اهتزاز هياكل الائتلاف الجمعي فيه، وذلك بتهذيب السلطان الإرادي المتفلت وتنظيم الاستعمال الحقوقي على النحو المحقق للانضباط الاجتماعي اللازم لحصول التضامن الجمعي، الذي يُعد بذاته أولوية ضرورية لحياة الجماعة بل الدولة ذاتها. وقد أدى هذا بالفقيه «هنري مايسون» إلى تشييد بنائه المعرفي لمفهوم فكرة النظام العام، على أصل من فكرة حماية الحقوق وتحديدها، فلفكرة النظام العام دور مزدوج باعتبار أن تحديد الحقوق ليس بأقل أهمية

(١) د/ محمد بدران ـ المرجع السابق ـ ص١٢٢، ١٢٣.

(٢) د/ محمود جمال زكي ـ دروس في مقدمة الدراسات القانونية ـ الطبعة الثانية ـ ١٣٨٩هـ هـ ١٩٦٩م ـ الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ـ ص١٧٣.

(٣) الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين وللأجانب ـ د/ أحمد سلامه ـ الطبعة الثالثة ١٩٦٣م ـ الناشر دار الفكر العربي ـ ص٣٤١.

(٤) د/ محمد عصفور ـ المرجع السابق ـ الكتاب الأول ـ ص١٢٩.

من ضمان مباشرتها[1]. وهو الاتجاه الذي خطه الفقيه بيليه «Pillet» عند طرحه لتصوره المعرفي لمفهوم فكرة النظام العام، باعتباره النظام الموجود داخل الدولة الذي تنتظم به مختلف القوى الاجتماعية، فيرى كل فرد حقوقه الأساسية وقد احترمت[2]. فليس ثمة حقوق أو حريات مطلقة، وإنما هي بالأساس محدودة دوماً، معلقة في مشروعيتها على استعمالها الاجتماعي واستخدامها في نطاق النظام المجتمعي، فالحقوق إنما وجدت لكي تمارس داخل المجتمع ولا يستطيع الفرد أن ينعزل بها عن مجتمعه، بل هو يعيش بها داخله ليساهم عن طريقها في تحقيق أغراضه الاجتماعية، وما ممارسة الأفراد جميعاً لحقوقهم على هذا النحو إلا تحقيق للتعاون الجمعي المطلوب[3]. وبهذا نستظهر توظيفاً آخر لفكرة النظام العام، يستهدف من ورائه ضمان انتظام الحقوق الفردية والاتجاهات الإرادية، في أدائها لواجبها الاجتماعي المعضد للتضامن الائتلافي للمجتمع أفراداً وجماعات. وعلى الرغم من أن هذا البعُد القصدي لفكرة النظام العام قد يبدو مندرجاً في عموم عناصر المقصد الأساسي لهذه الفكرة، من حيث ابتغاء المصالح الجوهرية للدولة أو المجتمع، باعتبار كون تماسكها الحيوي أحد مفردات هذا المقصد الكلي، إلا أننا آثرنا استعراض هذا المقصد الغائي على حدة إبرازاً لعظم الدور الذي تضطلع به فكرتنا المعنية بهذا الشأن، خاصة إذا ما طالعنا آثار هذا الهدف الغائي تحديداً، في نيله مما كان يُعد من دعائم وأسس النظم الفردية الحرة (الليبرالية)، فسلطان الإرادة المطلقة وما يستتبعه من الإطلاق في الاستخدام الحقوقي، كانا يعدان من الأصول الهيكلية لهذه النظم، فإن ظهر مفهوم من داخل بيئتها الحضارية فارضاً ما به من مساس بهذه الأصول، حاداً من سلطان تلك الإرادة وضابطاً ملكات استعمال الحقوق، فلا يكون ثمة مناص من طرح هذا التوظيف استقلالاً، تفريداً للدور الخاص الذي يؤديه هذا المفهوم على صعيد الحقوق والإرادات، لصالح صيانة الائتلاف الاجتماعي على نحو ما تبدى سلفاً.

٧٠/٦ ـ على أنه من المجحف التوقف عند هذه الحدود، في مقام بيان الأبعاد الغائية لفكرة النظام العام، دون عرض لمهمة اضطلعت بها تلك الفكرة المعنية، مع تبدل نوعي في الأدوار بين الدولة والجماعة. ففي خاصة هذه المهمة استحالت الجماعة عبر فكرة النظام العام من متلق لقواعد قانونية، تتولى الدولة تحديد مضمونها ومحتوياتها القيمية والأساسية فضلاً عن صياغتها البنائية، إلى مصدر لبعض القواعد القانونية التي لا

---

(١) الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام والآداب ـ أطروحة دكتوراه مقدمه من/ عبد الله الجليلي ـ طبعة ١٩٥٨ ـ المطبعة العالمية ـ ص٦٤.

(٢) د/ أحمد مسلم ـ المرجع السابق ـ ص٢٩.

(٣) د/ محمد عصفور ـ المرجع السابق ـ الكتاب الأول ـ ص١٠٠.

تعدو أن تكون تعبيراً عن قيم هذه الجماعة وأفكارها وتوجهاتها الفلسفية. وفي ذلك ينحصر دور الدولة، إما من خلال سلطتها التشريعية، في مهمة إضفاء المظهر القانوني الوضعي الحديث على هذه القيم والأفكار، أو من خلال سلطتها القضائية، في مهمة وزن مشروعية التصرفات الفردية أو الجماعية أو المؤسسية من منظور هذه القيم والأفكار والفلسفات الجمعية. وهو تبدل في الأدوار، تصبح الجماعة إزاءه مستودعاً لمضامين تلك القواعد، على حين يتراجع الدور الفاعل للدولة عند تخوم التلقي. ومرد الأمر - هنا - إلى استجابة الدولة للضغط الجمعي المُلح في طلب التبني الرسمي لما صارت الجماعة تعده من قيمها وأسسها، الأمر الذي لا تجد الدولة حياله سوى خيار الاستجابة له. وفكرة النظام العام في هذا الخصوص، تستحيل من أداة لفرض قيم فوقية مصدرها الدولة أو السلطة الحاكمة، على الجماعة، إلى أداة تَعْبر من خلالها القيم والأفكار الجمعية إلى نطاق المشروعية الرسمية. ولعل أجل الأمثلة في هذا الخصوص أن تلك النظم والقواعد القانونية التي تحمل بعداً جمعياً، ما فتئت أن زخرت بها النظم القانونية المختلفة منذ النصف الثاني من القرن العشرين. ومن أهم مظاهر هذا التحول أفول مبدأ سلطان الإرادة وتدخل المشرع من جانبه لإبطال بعض الشروط التي كانت تتضمنها العقود نزولاً على المطلب الجمعي بحماية الفئات الضعيفة في المجتمع من العسف والاستبداد الواقع بهم وبحقوقهم، وتدخل القضاء من جانب آخر، بإبطال شروط تتضمنها العقود - بل بإبطال العقود ذاتها -، في أحوال تقديره تعارض هذه الشروط أو العقود مع مفهوم النظام العام المستقى في هذا الخصوص من قيم الجماعة وأفكارها[١]. ومن أبرز تلك التطبيقات القضائية دلالة، حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بجلسة ١١/ ٥/ ١٩٥٠، المنتهي إلى رفض الدعوى المقامة طعناً في قرار مجلس الوزراء بمصادرة كتاب «الفرقان» لابن الخطيب، لما فيه من تعرض للدين الإسلامي من شأنه تكدير السلم العام، حيث شادت المحكمة قضاءها على سند مما تضمنه الكتاب من تشكيك للمسلمين في كتابهم الحكيم أساس دينهم وإثارته لخواطرهم وإهاجته لشعورهم، إذ «لا مشاحة في أن إذاعة الأقوال المتقدمة في بلد دينه الرسمي الإسلام وعن أقدس ما يقدسه المسلمون وأحفظ ما يحافظون عليه، من شأنه تكدير السلم العام، وعلى هذا الوجه يكون مجلس الوزراء حين قدر هذا التقدير وانتهى إلى هذه النتيجة لم يتعد سبيل الحق، ولم يجاوز حدود القانون»[٢]. وهو ما نجد له صدىً في أحكام مجلس الدولة الفرنسي، خاصة في قضية أفلام لوتسيا، حيث أجازت المحكمة

---

(١) د/ ثروت أنيس الأسيوطي - مبادئ القانون، الحق - المرجع السابق - ص٣٣، ٣٦.

(٢) محكمة القضاء الإداري - دعوى رقم ٦٨٥ لسنة ٢ق - جلسة ١١/ ٥/ ١٩٥٠ - مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري - السنة الرابعة - بند ٢٢٥ - ص٧٦١.

لسلطات الضبط الإداري، حظر عرض أفلام سينمائية لما بها من مساس بالوضع الأخلاقي العام للبلدة ومجافاة للياقة والآداب العامة، باعتبار تهديدها للنظام العام[1]. الأمر الذي ينكشف معه الدور القصدي العكسي لفكرة النظام العام، حيث يصير المفهوم ترجمة قانونية عن قيم وأفكار جمعية كلية، إما في شكل قواعد قانونية آمرة وناهية أو في شكل نسق مرجعي يضبط القضاء، وفقاً له، ما يعرض عليه من وقائع وتصرفات دون حاجة إلى تقعيد قانوني لهذه الأصول والكليات. وفي هذا أو ذاك تغدو الدولة ـ وللمرة الأولى ـ تعبيراً صادقاً عن الجماعة، حيث تستمد أصولها وكلياتها منها، على حين تصير الجماعة، بدورها للمرة الأولى، مرجعاً للدولة بمؤسساتها المختلفة، فيتبلور لها دور المساهم في ترسيم أطر المشروعية داخل الدولة.

٧/٧٠ ـ على أن هذا التطور المشهود لمفهوم فكرة النظام العام، بما انطوى عليه من توجه عكسي في حركته القصدية، لم يكن ليضحى على نحو ما تقدم، إلا بتطور أساسي كانت قد شهدته أوضاع العلائق بين الدولة والجماعة في مجتمعات دول العالم الملقب بالغربي ـ اللاتيني والأنجلوسكسوني على السواء ـ منذ النصف الثاني من القرن العشرين، حيث تمكنت هذه المجتمعات من أن تصل إلى ائتلاف أيديولوجي ومصلحي على مستوى جماعاته قاطبة على نحو حقق المصالحة المفقودة بين الدولة والجماعة، حتى باتت الدولة بمؤسساتها المختلفة ممثلاً صادقاً أميناً، أو تكاد، عن الجماعة بطبقاتها وطوائفها المختلفة، هذا التوافق ظهر أثره على النظام القانوني ذاته، فغدا الأخير ظاهرة اجتماعية حقة، تعبر عن قيم الجماعة وأفكارها وأصولها في صورة قواعد قانونية؛ باعتبار كون هذه الأصول ما هي إلا كليات الدولة ذاتها، وهو ما سوف نعرض له لاحقاً.

---

(١) د/ محمد بدران ـ المرجع السابق ـ ص١٠٣.

الباب الثاني

فكرة النظام العام من الناحية التأصيلية
(تأصيل فكرة النظام العام)

٧١ ـ تقسيم: نحاول في هذا الباب دراسة فكرة النظام العام، بتحليل عناصرها وإبراز ظواهرها الوظيفية، كي نتمكن من استظهار صورة هذا المفهوم الحقة في الفكر القانوني الوضعي، وفي الفقه الإسلامي. ويرمي البحث إلى تحليل أسباب وظروف ظهور مفهوم النظام العام من الزاوية الفلسفية بأبعادها التاريخية والفكرية، كما يتعامل مع ماهية جوهر مفهومها، سواء على مستوياتها الوظيفية أم المقصدية. وعليه فينقسم هذا الباب إلى:

فصل أول: النظام العام في التشريع الوضعي.

فصل ثان: النظام العام في الشريعة الإسلامية.

الفصل الأول

النظام العام في التشريع الوضعي

٧٢ ـ تمهيد وتقسيم: يعنى هذا الفصل بدراسة مظاهر المفهوم الوضعي لفكرة النظام العام كافة، حسب الرؤية الفكرية للنظام القانوني المعاصر. حيث ينقب عن أظهر عناصر ماهيتها، التي تصلح ضابطاً للكشف عن قواعدها، حتى إذا ما استظهرت تلك الدعامات الأساس، انصرف البحث إلى محاولة تصور هيئة فكرة النظام العام، فيقوم بتوزيع قواعد النظام العام، على مستويات متراتبة، ينطوي كل مستوى منها على أصول قانونية مرتبطة، حيث يضبط كل مستوى ما يليه من قواعد في المستوى الآخر. وعليه فينقسم هذا الفصل إلى:

مبحث أول: ماهية فكرة النظام العام.

مبحث ثان: التركيب الهيكلي لفكرة النظام العام ومستويات قواعده القانونية المتراتبة.

المبحث الأول

ماهية مفهوم فكرة النظام العام

تمهيد:

٧٣ ـ جوهر المفهوم: بلوغاً لهذا القدر من البحث، نكون قد شارفنا أحد مرامي العمل الرئيسة وهو سبر الغور الموضوعي لمفهوم فكرة النظام العام وتحليل عناصر ماهيته الذاتية، استظهاراً لكيفية انفعال تلك الفكرة وهي بسبيل تحقيق مقاصدها. وذلك بعد أن فرغنا من محاولة استنباء السيرة الذاتية لانفعال المفهوم بالوسط البيئي الذي كان محيطاً إياه، حيث توصلنا إلى ربط منطقي لأطوار تطوره وحركة الحدث التاريخي والفكري والاجتماعي الذي صاحبه، وآثار ذلك على مستوى غايات هذه الفكرة ومقاصدها.

وانطلاقاً مما سلف، يمكن القول إن جوهر مفهوم فكرة النظام العام، إنما يتمثل في كونها وصفاً تكليفياً بالأساس يرد على سبيل الاقتضاء حتماً، فما تستقر عليه الجماعة أو تقرره الدولة من أوضاع تكليفية تجري بالنسبة لكل منهما مجرى القيم العليا والأسس الأصلية، بحيث يتداعم تماسكهما بها، يكون نظاماً عاماً سواء تفرع عنه حكم تكليفي فرعي أم لا.

هذا الوضع التكليفي إنما يرد اقتضاء، بطلب فعل حتماً أو ترك آخر جزماً، ليضحى حال تقعده في شكل حكم تكليفي فرعي، متخذاً صيغة أمر أو نهي قاطع بالمطلوب، فلا إمكان لمجاوزة أو لخروج ما ظل الوضع الاقتضائي قائماً.

وهذا الوضع التكليفي يمثل حداً على الإرادة، ليحد من سلطان ملكاتها في التصرف، فتعجز هي إزاء هذا الوضع الاقتضائي، عن إبرام تصرف قانوني صحيح دون التزام الحدود التي تفرضها موجبات اقتضائه. الأمر الذي يتحدد على هداه نطاق انفعال فكرة النظام العام، التي تنحصر في مجال التصرفات القانونية فحسب، مما لا فكاك معه من استبعاد إثارة إشكالات هذه الفكرة في نطاقات الوقائع القانونية أو ساحات تكون المراكز القانونية تكوناً غير إرادي.

بيد أن ثمة ما هو من ضروريات الحال الاقتضائي لهذا الوضع التكليفي لمفهوم فكرة النظام العام، رغم كونه خارجاً عن حدود ماهية المفهوم، بحسبانه عرضاً لازماً لوجود هذه الماهية، هذا العرض هو الجزاء المصاحب لزاماً لوضع التكليف في فكرة النظام

العام. فهذا الجزاء من ضرورات الفكرة بالرغم من أنه ليس جزءاً من ماهيتها، ووجه ضرورته هو ما تستتبعه مجاوزة التكليف الوارد بأوضاع الفكرة؛ من تعين البطلان جزاء التصرف المناقض لموجبات هذه الأوضاع.

وهو ما سوف نتناوله كل على حدة، بمطلب مستقل، حيث ينقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: الوضع التكليفي لمفهوم فكرة النظام العام.

المطلب الثاني: التكليف الاقتضائي لأوضاع فكرة النظام العام.

المطلب الثالث: فكرة النظام العام والحد من سلطان الإرادة.

المطلب الرابع: التصرف القانوني نطاق فكرة النظام العام.

المطلب الخامس: البطلان جزاء انتهاك فكرة النظام العام أو أي من مقتضياتها.

المطلب الأول

الوضع التكليفي لفكرة النظام العام

٧٤ ـ ماهية التكليف: التكليف لغة، هو الأمر بفرض على من يستطيعه، والأمر يصدره من يملك إلزاماً بواجب. ومصدره كلف وهو احتمال الأمر على مشقة وعسر، فالتكلفة هي المشقة[١]. فإلزام الفرد بسلوك معين، أو نهيه عن آخر، بحيث لا يكون له من خيار في اتباع الأول أو الانتهاء عن الثاني، هو من قبيل المشاق التي تحمّل الفرد بما قد يتعارض مع مصالحه.

مستويات التكليف بأحكام النظام العام:

٧٥ ـ والمكلف بأوضاع النظام العام، ترد شرعة تكليفه بالمستوى الأول المتعلق بالأوضاع التكليفية العامة حسب المستقر عليه بالمفهوم القانوني بعامة، إما لأجل صالح الجماعة التي ينتمي إليها أو صالح الدولة التـي تنتظمه. فكل فرد داخل الجماعة، بسعيه الغريزي نحو البقاء وتحسين وسائل العيش وتنويع فرص الرفاهة، غالباً ما يستغرقه صالحه الخاص غفلةً عن مصالح باقي أفراد جماعته فضلاً عن الصالح الكلي العام للهيئة الاجتماعية ذاتها، مما يولد نوعاً من التعارض بين اتجاهات الإرادات الفردية وبينها والإرادة الجمعية الكلية. هذا التعارض ينتج بدوره منازعات قد تفضي إلى فوضى عارمة تهدد التضامن القسري للجماعة تهديدها حياة الفرد ذاته وصالحه المخصوص. لذلك وجب ضبط سلوك الأفراد داخل كل جماعة بأوضاع تكليفية تحمل من المشقة على المستوى الفردي قدر ما توفره من ضمان استمرار حياة الجماعة، ومن ثم حياة الفرد ذاته[٢].

٧٥/١ ـ التمييز بين القواعد القانونية بحسب نوع الجزاء على مخالفتها: بيد أن ثمة مستوى آخر للتكليف بمفهوم فكرة النظام العام، مرده تعقد حياة الجماعة، وتشابك العلاقات الاجتماعية بها، وظهور السلطة عنصراً فاعلاً في هذه الحياة، مما أدى إلى تنوع مستويات التكليف القانوني، فصار ثمة تكليف آمر ليس بمستطاع المكلف حياله سوى الانصياع بإتيان الفعل والتزام حدوده، وإلا كان البطلان مطلقاً جزاء المخالفة.

---

(١) المعجم الوسيط ـ الجزء الثاني ـ مجمع اللغة العربية ـ مطبعة مصر ـ طبعة ١٣٨١ هـ ـ ١٩٦١م ـ ص٨٠١.

(٢) د/ حسن كيرة ـ المدخل إلى القانون ـ طبعة ١٩٦٩ ـ منشأة المعارف بالإسكندرية ـ ص١٩.

وثمة تكاليف آمرة أخرى، لا يكون البطلان ـ الوارد جزاءً على مخالفتها ـ مطلقاً وإنما يرد نسبياً وحسب، فيرد علىٰ تلك المخالفات التصحيح كما يجوز إجازتها. هذه المباينة بين التكليفين، إنما مردها اتصال النوع الأول من التكليفات بضروريات انتظام الحياة واضطراد استمرارها فيكون التكليف الأول وقفاً على ما يعرض كيان الجماعة بأسرها لخطر الاختلال والفناء إزاء انتهاكه، حال كون النوع الآخر ـ على الرغم من الحاجة إليه لرفع المشقة عن حياة الأفراد وإزاحة الحرج عنهم ـ غير بالغ لقدر اللزوم لانتظام هذه الحياة، حيث خطورة انتهاكه لا تبلغ حد زلزلة كيان الجماعة أو تعريضها لخطر الفناء. فالتكليف الأول يتعلق مباشرة بمصالح الجماعة الكلية ومصلحة الدولة العليا، أما التكليف الآخر فهو بالأساس تفضيل لمصالح خاصة على أخرى ـ بدورها خاصة ـ، دون ترجيح للأولى على الثانية.

٧٥/ ٢ ـ المصلحة المحمية بالنص هي أساس التمييز بين قواعد النظام العام وغيرها: وهكذا ينتهي الأمر بالنظم القانونية المعاصرة، إلى التمييز بين أوضاع تكليفية تتعلق بالنظام العام وأخرى لا تتعلق به، وذلك باعتبار المصلحة المحمية بكل من الوضعين[(١)]. فإن كنا قد استظهرنا المناحي القصدية لمفهوم فكرة النظام العام، حيث أسس الدولة ومصالحها العليا فضلاً عن أصول الجماعة ومصالحها الكلية هي الأهداف الغائية من وراء القصد النظامي، فلا يكون ثمة مناص عن هذه الأصول والأسس عناصر ضرورية لتعيين الوضع التكليفي بمفهوم فكرة النظام العام.

الوضع التكليفي:

٧٦ ـ أما عن مقصودنا بالوضع التكليفي، فهو الإطار الضاغط على الإرادة الفردية الذي يحد من سلطان حركتها وهي بصدد تصرف قانوني، فيفرض اقتضاء على سبيل الإلزام، أداء أو انتهاء، بحيث لا يكون بالمكنة الفردية سوى الانصياع لهذا الوضع الإلزامي، أي أن الإرادة الفردية إنما تنضغط ـ حطاً ـ داخل هذا الإطار، لتمتثل جبراً أوامره ونواهيه، ومن ثم يضحى مفهوم الوضع التكليفي لفكرة النظام العام إجمالاً، هو هيكل الأطر المتداخلة تشابكاً، التي تنضغط داخلها الإرادات كافة، سواء الفردية أم الجمعية أم المؤسسية، لأجل مصالح الجماعة الكلية أو مصالح الدولة العليا.

٧٦/ ١ ـ ومتى كان ما تقدم، فثمة مما ينبني عليه مما يتعذر تجاهله أو إغفاله، فمن حيث كون مفهوم النظام العام وضعاً تكليفياً، يغدو خطاباً موجهاً إلى أفراد المكلفين، ملزماً لهم على سبيل الاقتضاء بأداء أو انتهاء، معلوم المقتضى مسبقاً من قبلهم.

٧٦/ ٢ ـ ومتى كان ما تقدم أيضاً، فيضحى تحديد مصدر أوضاع التكليف في مفهوم

---

(١) وهو ما سوف نتناوله لاحقاً في إطار التمييز بين قواعد النظام العام والقواعد الآمرة.

النظام العام أمراً ميسراً. إذ حسب التكليف في هذا الخصوص أن يكون لأجل مصلحة الدولة العليا أو صالح الجماعة الكلي، حتى تتعين كل من الدولة والجماعة مصدرين لتكاليف النظام العام. آية ذلك، أن الدولة وللاعتبارات التاريخية المتقدمة[1]، تمكنت من إعادة بناء هياكل المجتمع وتشكيلها على النحو الذي سيطرت فيه بمؤسساتها الشرعية على الجماعة، ومن ثم ظهرت لها احتياجات مخصوصة، فضلاً عما تبلور على أثر وجودها من احتياجات تتعلق بالجماعة، عرف جميعه «بالمصلحة العامة» أو ما نسميه «مصالح الدولة العليا»، حيث آلت الدولة على نفسها مهمة الحفاظ على هذه المصالح. فكان من أهم أدواتها في هذا الشأن، ما تسنه مؤسساتها التشريعية من نصوص تتضمن أحكاماً تكليفية، تستهدف حماية هذه المصالح العليا. وعليه فالأوضاع التكليفية لمفهوم فكرة النظام العام، غالباً ما تتقعد في هيئة نصوص تشريعية تتضمن أحكاماً تكليفية، تصدر بصيغ آمرة أو ناهية، تبتغي صيانة منظومة الصوالح العليا للدولة.

٣/٧٦ ـ بيد أن أوضاع النظام العام، لم تكن لتنحصر في هذه النصوص التكليفية التي تصنعها مؤسسات الدولة التشريعية فحسب، إذ أثبتت تجربة المجتمعات المختلفة، في ظل نظام الدولة المعاصرة[2]، أن جماعاتها تمكنت من حجز مجالات تعهدتها استئثاراً، حيث صارت الجماعات مستودع أسس وأصول أحكام النظام العام في هذه المجالات، فحيثما يستقر عقلها ويطمئن وجدانها، يبرز أصل كلي يمثل بالنسبة للجماعة المعنية ركائز متعينة الحماية والمحافظة صوناً للصالح الكلي للمجتمع الذي يتأسس على هدى من هذه الأصول. تلك الكليات الجمعية، تغدو بهذه الكيفية موضع التزام الدولة بمؤسساتها كما هي موضع التزام الأفراد والجماعات، لا انتهاك لها ولا خروج عليها، وإلا وصم التصرف بعدم المشروعية المبطل[3]. بل إن الدولة ذاتها قد تخطو خطوات إيجابية في طريق صيانة هذه الكليات الجمعية، باتباع أسلوب التدخل التشريعي، فتسن من النصوص القانونية ما يكون تعبيراً صادقاً عن هذه الكليات نزولاً على المطلب الجمعي للجماعة. وفي جميع الأحوال يولي القضاء عناية خاصة بالمعتنق الجمعي وهو بصدد الفصل فيما يعرض عليه من منازعات، حيث لا يتردد في الحكم ببطلان تصرف إن ثبتت معارضته لهذا المعتنق أو لأي من كليات الجماعة وأصولها. الأمر الذي ييسره

---

(١) انظر المباحث السابقة في الدراسة التاريخية لمفهوم فكرة النظام العام وسيرته الذاتية.

(٢) الحقيقة أن مجتمعاتنا العربية مازالت بعيدة عن هذا التطور، فالدولة مستمرة في ممارسة طغيان تسيدها بكافة المجالات والقطاعات، بحيث لم يعد للجماعة من أمر سوى مساحة الأخلاق وبعض مفاهيم المعتقد الديني ـ التي لا تتعارض والمفاهيم الرسمية للدولة ـ وهو ما عُرف فقهاً «بالآداب العامة».

(٣) د/ خليل إبراهيم خليفة ـ هل يجوز للمحكمة أن تعدل من العقد المخالف للنظام العام ـ مجلة العدالة ـ العدد الأول ـ السنة السادسة ـ ص١٠٥.

ما تتضمنه تشريعات بعض الدول من توجيهات عامة بالبطلان عند مخالفة النظام العام والآداب[1]، حيث ترك المشرع للقضاء مهمة استظهار عناصر النظام العام والآداب من أسس وأصول الدولة الواردة بثنايا مرجعياتها الفكرية والتشريعية، ومن كليات وأصول الجماعة المستنبطة من مجرى المألوف عملاً، ومما وقر بوجدانها من قيم ومبادئ. الأمر الذي تجهر الأحكام القضائية العديدة به في إبطال تصرفات لمخالفتها النظام العام والآداب، على الرغم من عدم تناقض تلك التصرفات مع أي من النصوص القانونية. كإبطال التصرف الذي يكون محله عملاً غير مشروع أو سلعة غير مشروعة، وكذلك التصرفات التي تكون أسبابها غير مشروعة، حيث ينعقد أصل تقرير مشروعية المحل أو السبب للقضاء، مستلهماً ذلك من الإطار القيمي الحضاري للجماعة. وعليه يضحى مصدر أوضاع التكليف بمفهوم النظام العام، منحصراً في كل من الدولة والجماعة، بحسبهما مستودع القيم والأسس التي تتأصل عليها الأوضاع التكليفية لفكرة النظام العام.

تحرير الأوضاع التكليفية:

٧٧ ـ وبذلك نكون قد بلغنا نقطة شديدة الدقة في بحثنا، ألا وهي استخدامنا لتعبير«الأوضاع التكليفية»، تفضيلاً له عن تعبير «الأحكام التكليفية»، على الرغم مما قد يثيره الأول من لبس أو غموض مقارناً بوضوح الآخر، الأمر الذي يستأهل التوقف للعرض.

٧٧/ ١ ـ فمفهوم التكليف بفكرة النظام العام باعتباره نظاماً كلياً، يختلف كماً ونوعاً عن مفهومه في الأحكام القانونية، باعتبارها أحكاماً فرعية جزئية. فقد يكون ثمة حكم تكليفي رغم كونه ليس من النظام العام، كما قد يكون ثمة نظام عام رغم عدم اتخاذه شكل الحكم التكليفي المتعارف عليه تشريعياً، وقد يتطابقان فيكون الحكم التكليفي نظاماً عاماً.

٧٧/ ٢ ـ تفصيل ذلك، أن مفهوم النظام العام عندنا يتحدد موضوعياً حسب محتوى مضمونه لا مظهره الشكلي، وذلك اعتباراً بالوظيفة التي يضطلع بها المفهوم. فإن كان النظام العام من الناحية العضوية يقوم بضغط الإرادات في نموذج معين، بحيث يستلزم منها وهي بصدد تصرف قانوني، احتذاء نمط سلوكي معين أو الامتناع عن آخر، ممثلاً حداً على سلطانها صوناً لمصالح الدولة العليا ومصالح الجماعة الكلية، أي انتقاصاً من ملكات الإرادات لأجل المجموع والدولة. وإذا كانت هذه المصالح العامة أو الكلية إنما تتبلور حسب المنطلقات العقدية (الأيديولوجية) لكل من الجماعة والدولة بأنظمتها

---

(١) المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي، والمواد (٢٦)، (١٣٥)، (١٣٦) من القانون المدني المصري.

الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وأنساقها القيمية والخلقية. فإن تلك الكليات العقدية للجماعة والأصول الأيديولوجية للدولة، فضلاً عن أسس نظمهما الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وأنساق قيمهما الأخلاقية، تضحى جميعها الكل الموضوعي الذي يتألف منه مفهوم فكرة النظام العام، فيغدو كل مفرد من مفردات هذا الكل، وضعاً تكليفياً في ذاته، سواء صيغ في شكل حكم أم ظل على كينونته الموضوعية، أصلاً وأساساً مستقراً عليه إما في العقل الرسمي للدولة أو العقل الجمعي للجماعة، معلوماً للكافة.

٧٨ ـ مما سبق نستظهر وجه التفضيل في تعبير «الأوضاع التكليفية»، فالتكليف في مفهوم فكرة النظام العام إنما يتهيأ على عدد من الأشكال، فثمة الأحكام التكليفية وهي التي تعُد ترجمة قانونية من قبل مؤسسات الدولة الشرعية لأسس الدولة الأيديولوجية وأنظمتها الحاكمة في شكل قواعد قانونية تنتظمها ثنايا دستورها وقوانينها التشريعية وغيرهما من الوثائق التي تعد مصدر مرجعية عليا للدولة. وثمة تكاليف لا تتهيأ في هذا الشكل القاعدي للحكم التكليفي المسنون، بحسبانها انعكاساً جمعياً لأصول وكليات الجماعة، حيث تلقى من القبول الجمعي ما يجعلها مرجعية عليا دون أن تأخذ شكل الحكم التشريعي المسنون، فيتعين على الإرادة أن تتأطر بحدود هذه الأصول وبضوابط تلك الكليات لزاماً. وحالئذ يمثل الرأي العام الجمعي بما يحوزه من أدوات ضغط، الضامن لتوفير الحماية اللازمة لهذه الأصول. الأمر الذي قد يستتبع، في غير قليل من الأحوال، تدخلاً رسمياً من قبل مؤسسات الدولة لحماية هذه الأسس، وذلك استجابة للضغط الجمعي وخوفاً مما قد تجره غضبة شعبية من قلاقل واهتزازات تمس بالوضع الأمني الداخلي.

٧٩ ـ وعلى الرغم من كون الأوضاع التكليفية التي تأخذ شكل الأحكام وتعد من النظام العام، لا يثير أمر تعيينها إلا النزر اليسير من الصعاب، فحسبها الانتظام شكلاً في هيئة قاعدة قانونية مشرعة من قبل السلطة العامة المختصة، في إطار مكتوب محدد، يكشف بذاته عن مضمونها ومقاصدها، حتى يتيسر تحديد طبيعة الوضع التكليفي الذي يطبع تلك الأحكام وما إذا كان ينطوي على عناصر مفهوم النظام العام أم لا. بيد أن أمر تحديد طبيعة الأوضاع التكليفية التي تعُد من النظام العام دون أن تتهيأ في شكل قاعدي كالصورة الأول، هو يثير صعوبات جمة وذلك على مستويي الشرعية والاستدلال.

٧٩/١ ـ **على مستوى الشرعية**: فعن شرعية مثل هذه الأوضاع التكليفية، يذهب الفقيه الألماني ارليخ «Ehrlich» إلى أن ثمة مبادئ اجتماعية تكون حاكمة للمجتمع بجوانبه كافة، فتعبر عن السائد فيه من قيم أخلاقية، هذه المبادئ هي ما يمكن تسميتها

بالقانون الحي «The living law»، وعلى رجل القانون أن يعرف النظام المعياري لهذا القانون الحي، بالإحاطة علماً بهذه المبادئ، معرفَتَهُ بالقواعد القانونية الوضعية[1]. وجاء من بعده العالم روسكو باوند Roscoe Pound، ليكمل هذه النظرة، مقرراً أن القانون وإن كان عميق الجذور في التركيبة الاجتماعية العامة وفلسفتها، فإنه يطور بعضاً من المبادئ الأساسية الخاصة به وذلك وفق التطور الذي يطرأ على المجتمع ذاته، الأمر الذي بات معه فقه القانون متغيراً متبدل الأسس والأصول وفق الاحتياج المجتمعي[2]. أي أن مصدر الشرعية لما يعُد قانوناً، يجب ألا ينحصر في الشكلية الرسمية ـ الصياغة التشريعية ـ وإنما بالأساس يجب أن تتقرر مرجعيته اجتماعياً بالقبول الجمعي. وعليه فلا مناص من تجاوز النصوص التشريعية، إلى ما يدخل في إطار القبول الجمعي، حيث يجرى البحث حول المبادئ والقواعد فيما وراءَها من أصول وفلسفات وحكم مقاصدها والمصالح التي تستهدفها. فإن تبين مما تقدم، وثوق صلتها بأسس الجماعة وكلياتها، بثبوت ابتناء كيانها عليه، نكون بصدد قاعدة من قواعد النظام العام، تمثل في ذاتها وبذاتها وضعاً تكليفياً ملزماً للمخاطبين كافة، أفراداً أو مؤسسات أو جماعات.

٢/٧٩ ـ على مستوى الاستدلال: وهنا تعرض صعوبة أخرى، تتبدى في شأن الاستدلال على طبيعة المبدأ أو القاعدة المطروحة فيما إذا كانت وضعاً تكليفياً أم لا؟ وما إذا كان التكليف الوارد متعلقاً بالنظام العام في وثوق صلته بأسس الجماعة وأصولها فضلاً عن استهدافه صوالحها الكلية العليا أم لا؟ ويتأكد هنا ما سبقت الإشارة إليه من دور القضاء في الاضطلاع بهذه المهمة؛ فعلى عاتقه يقع عبء استظهار طبيعة المبدأ أو القاعدة المدعى حيازتها قبولاً عاماً، استظهاراً لمدى وثوق صلتها بأصول الجماعة وكلياتها، فإن ثبت ذلك كان الوضع تكليفياً من قواعد النظام العام. ولا يثير هذا أي مطعن على القضاء بدعوى اضطلاعه بدور المشرع في دائرة مرنة[3]، ذلك أن القضاء وهو الوكيل الأسمى للقانون «The supreme agent of the law»[4]، من العسير إنكار حتمية دوره في صناعة القانون حتى في ظل أنظمة التشريعات المقننة. فهذا «اوستن» أحد أعلام مدرسة الوضعية القانونية، يعرب عن احترامه لتدخل القاضي في صنع القانون، باعتباره وسيلة ضرورية لجعل القانون مواتياً لحاجات المجتمع

---

(١) The Idea of law - Dennis lloyd - Ibid - P. 209

(٢) op.cit. - P. 210 - 211.

(٣) السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ـ مصادر الالتزام ـ طبعة ١٩٥٢ ـ دار النشر للجامعات المصرية ـ ص٤٠١.

(٤) The Idea of law - Ibid. - P. 211.

المستجدة، بل وينتقد الأسلوب الضيق «الجبان timid» الذي ينتهجه القضاء في عمله، بتلبسه غطاء من الجمل والعبارات الغامضة غير المحددة بدلاً من التصدي بوضوح لهذا الأمر[١]. إذ لا فكاك من تصدي القاضي لأحوال انتفاء النص التشريعي، بتغطية هذا القصور ـ النقص ـ التشريعي، بقواعد مستلهمة من المعتنق الجمعي مؤطرة بآداب العصر وبحدود النظم الأساسية المتبناة اجتماعياً، وهو محكوم في ذلك كله بالمستهدف من مصالح كلية عليا[٢]. والقاضي في النهاية إنما يفصل في مسألة قانونية لا مسألة واقعية، مما يخضعه دوماً في خصوص هذه الأحوال لرقابة القضاء الأعلى ويضمن التزامه بالتيار الأساسي الجامع داخل الجماعة[٣]. والفقه المقارن يسلم للقضاء بأهمية استعانته بفكرة النظام العام إذ يسهم هذا المفهوم في إسعاف القضاء بالأداة القانونية المناسبة في الأحوال التي يكون فيها ثمة عدوان على الأخلاق أو العدل، على الرغم من عدم مخالفة أي من النصوص القانونية الصريحة، كحال الاتفاق على الفجور أو حال تضمين العقود شروطاً قاسية تمتد إلى ما بعد انتهاء العقد، فإلى هذا المفهوم يرجع فضل تمكين المحاكم من إبطال مثل هذه التصرفات المتجاوزة[٤]. ويزاد على ذلك كله، أن غالب أنظمة التشريعات المقننة ـ الأنظمة القانونية اللاتينية ـ وهي الأنظمة التي تقيد القاضي حصراً في المقنن تشريعياً من قبل السلطة التشريعية، تضمنت نصوصاً عامة واسعة فضفاضة وهي بصدد الإشارة إلى بطلان كل الالتزام يخالف النظام العام والآداب، تاركة للقضاء مهمة الاضطلاع بوظيفة تحديد عناصر مفهوم النظام العام، فضلاً عن تقدير مدى موافقة الالتزام أو مخالفته للنظام العام والآداب. الأمر الذي نكون معه بصدد تفويض تشريعي صادر من قبل السلطة التشريعية، فيه يضطلع القضاء بمهمة تعيين عناصر مفهوم النظام العام وضبطها، وما يعُد من قواعده وما لا يعُد. وفي ذاك يشير الدكتور سليمان مرقص إلى أن المحاكم تكاد تستقر على مجاوزة نطاق النظام العام لنصوص القانون، فحسب الاتفاق مخالفته لما يعُد نظاماً عاماً حتى يرد عليه البطلان، سواء اصطدم بنص معين أم لم يصطدم، كحال الاتفاق على منع المالك من التصرف في ملكه منعاً مؤبداً، وحال الاتفاق على عدم ذكر الثمن الحقيقي في العقد رغبة في خفض رسوم التسجيل أو غيرها من الضرائب المستحقة، وكذا الاتفاق في ظل قانون السعر الإلزامي للنقود الورقية على الدفع بهذه النقود بما يعادل مقداراً معيناً من

---

(١) The idea of law - op.cit. - P. 261. (٢) د/ السنهوري ـ المرجع السابق ـ ص٤٠١.

(٣) د/ سليمان عبد المجيد ـ النظرية العامة للقواعد الآمرة في النظام القانون الدولي ـ دار النهضة العربية ـ ص٥٤.

(٤) يقابل مصطلح النظام العام بالفرنسي "L'ordre Public" The Idea of law - Ibid - P. 272 - 273. كما يعادل هذا المصطلح موضوعياً في الفقه الأنجلو سكسوني مصطلح "Public Policy".

الذهب[1]. ففي أحوال تلك التصرفات ليس ثمة نص يتناقض التصرف مع صريحه، وإنما المناقضة تكون مع المبادئ الحاكمة في هذا الشأن، حماية للصالح الجمعي الكلى أو مصلحة الدولة العليا، ففي الاتفاق على منع المالك تأبيداً من التصرف في ملكه إضرار بصالح الجماعة ومصلحة الدولة لما فيها من منع للأموال من التداول ومن ثم تجميد للثروات، فضلاً عما ينطوي عليه من اصطدام الاتفاق بمبدأ حرية التصرف في الأملاك الخاصة وفق ما يتلاءم وطبيعة الأشياء. كما أن في الاتفاق على عدم ذكر الثمن الحقيقي في العقد إضرار بصالح الدولة وحرمان لها من أحد موارد الدخل التي تدعم المركز المالي لها، فضلاً عما يتضمنه من تحايل على الدولة لبلوغ خلاف مقصودها. وفي الاتفاق على الدفع بسعر الذهب إضرار بمصلحة الدولة بما يسببه هذا الاتفاق من إضعاف للعملة الوطنية وهز للثقة بالنظام النقدي كله[2].

٨٠ ـ وعليه يضحى الحد الأساسي لمفهوم فكرة النظام العام، أنه وضع تكليفي يصدر عن الدولة أو الجماعة بحكم التسليم بمرجعية أي منهما في بلورة الصوالح العليا أو المصالح الكلية. وهو تكليف من حيث ما يتضمنه ذاك الوضع من إلزام، ووضع من حيث مجاوزة عناصر ذاك الإلزام لحدود الأحكام المسنونة تشريعاً إلى غيرها من عناصر إلزام تجد فيها الجماعة صالحاً لها دون أن تكون قد تبلورت في هيئة حكم مسنون، وفي كل الأحوال يضطلع القضاء بمهمة استظهار هذا الوضع التكليفي، إما من ثنيات القواعد القانونية المسنونة تشريعياً وإما من التيار الجامع وفق المعتنق الجمعي السائد.

---

(١) د/ سليمان مرقص ـ المرجع السابق ـ ص٧٤، ٧٥.

(٢) راجع أحكام المحكمة الدستورية العليا ـ التي حكمت بعدم دستورية نصوص قانونية تفرض قيوداً على الحقوق والملكية تذهب بجوهرها ـ المجلد الخامس والسادس.

المطلب الثاني

التكليف الاقتضائي لأوضاع فكرة النظام العام

٨١ ـ **معنى الاقتضاء**: الاقتضاء لغة، بمصدر قضى أي حكم وفصل، واقتضى أمراً بمعنى استلزمه، فيقال: افعل ما يقتضيه كرمك أي: ما يطالبك به، والأمر إنما هو للدلالة على الوجوب[١]. والاقتضاء اصطلاحاً هو الطلب، فيكون بطلب فعل أو طلب ترك.

٨٢ ـ **التكليف الاقتضائي**: فإن كنا ـ وعلى ما تبدى آنفاً ـ قد عنينا بالتكليف الأمر بإلزام على من يستطيعه صادر ممن يملكه. فمن ثم يضحى مقصودنا بالمركب «التكليف الاقتضائي»، إلزام بفعل حتماً على سبيل الوجوب للأمر أو إلزام بترك حتماً على سبيل التحريم للنهي، لتتهيأ أوضاع مفهوم فكرة النظام العام على شكل خطاب إلزامي بفعل لاقتضائه وجوداً أو بترك لاقتضائه عدماً، وباعتباره في الحالين خطاباً جازماً موجهاً إلى أفراد المخاطبين بأحكام القانون ممن لهم أهلية التصرف قانوناً، صادراً من قبل الدولة بمؤسساتها المختصة أو من قبل الجماعة.

٨٢/ ١ ـ تفصيل ذلك، أنه إذا كان القانون قواعد سلوك تقويمية، تقرر ما يجب أن يكون عليه سلوك الأشخاص، طبيعية أو اعتبارية عامة أو خاصة، داخل الجماعة. فإن قواعده لا تتوجه إلى الأفراد على سبيل النصح أو الترغيب التخييري، بل هي دوماً على سبيل التكليف. آية ذلك أن التكليف بأي نظام قانوني إنما هو لازمة من لوازمه، التي لا تصور لوجوده دون الانطواء عليها، ولا يمكن تصور نظام قانوني يكتفي عن التكليف بالنصح والحث والتخيير. إذ ثمة من الأوضاع ما ترى معها الدولة ـ أو الجماعة ـ وجوب انصياع الأفراد لزوماً لنهج معين باتباع سلوك محدد، حيث لا يكون بالمقدور الاجتماعي تحمل مغبة المخالفة، وحالئذ يصاحب التكليف اقتضاء الحتم في هذه الأوضاع، لتظهر القاعدة القانونية الآمرة التي تستلزم سلوكاً معيناً على سبيل الوجوب، والأخرى الناهية المستلزمة امتناعاً معيناً على سبيل التحريم.

٨٢/ ٢ ـ والشاهد أن احتياج النظام القانوني لمفهوم التكليف الاقتضائي، ليس احتياجاً عملياً وحسب، إنما هو بالأساس من قبيل الضرورة النظرية. فاستعراض التصورات الفلسفية التي تنبني عليها النظم القانونية المختلفة، يفصح عن وجود نظري دائم للتكليف الاقتضائي بها، وذلك على الرغم مما بينها من تباين في تأصيل الاقتضاء على

---

(١) المعجم الوسيط ـ الجزء الثاني ـ المرجع السابق ـ ص٧٤٩.

هذا النحو التكليفي. فالمدرسة الوضعية، وإن كانت تذهب إلى أن القاعدة القانونية ليست مجرد نصيحة يدعى الناس إلى اتباعها وإنما هي أمر أو نهي يجب السير على مقتضاه(١)، فإنها تنزع في تأصيلها لهذا التكليف الاقتضائي إلى تصور مخصوص عن وضع فوضوي إزاء غياب هذا الإلزام الآمر الناهي(٢). وحال تذهب مدرسة القانون الطبيعي إلى أن ثمة قواعد قانونية ملزمة لا خروج عليها ولا إمكان لمخالفتها مستندة في هذا إلى أن ثمة قانون طبيعي يتضمن موجهات كلية مثالية متضمنة لقواعد جزئية تفصيلية(٣)، فإن هذا القانون الطبيعي إنما هو بالأساس قواعد عادلة مستنبطة من طبيعة الأشياء، يستخلصها العقل القويم وفق طبيعة الإنسان المفطورة على التمييز بين العدل والظلم(٤)، قانون يفوق ويعلو القواعد الوضعية، يلتزم المشرع باحترامه التزام القاضي الاستهداء بها(٥). وفي كل الأحوال فإن القواعد القانونية الوضعية التي تعُد ترديداً لقواعد القانون الطبيعي هي قواعد ملزمة عصية على الخرق أو المخالفة. هذه المدرسة تؤصل هذا التكليف الاقتضائي على أساس ضرورته لكفالة الصالح العام للجماعة(٦)، باعتبار ما في غيابه من تعريض لها وللدولة لمضار عدة تصل حد التحلل والفناء. وتذهب المدرسة التاريخية، إلى أن القواعد القانونية هي بالأساس صناعة الزمن ونتاج التاريخ، وليدة حاجات الجماعة وما يتفاعل لتحقيق وحدتها من عوامل(٧)، حيث تنتهي في خصوص التكليف الاقتضائي إلى لزومه للجماعة لزوم اللغة لها، مما يستوجب الالتزام بالقواعد المنطوية عليها وجوباً أو تحريماً دون أدنى مخالفة. ليتأصل هذا التكليف الاقتضائي وفق ذلك المنطق على أن الإنسان وهو مدفوع بغريزة حفظ الذات، يميل إلى عدم الاكتراث بمصالح الغير، إلى أن توقفه مقاومة ما، من هنا ينشأ الصراع لأجل الحياة وهو صراع من شأنه أن يبيد الحياة ذاتها(٨). فكان أن اهتدى الضمير الجمعي لكل جماعة إلى قواعد قانونية ـ هي ثمرة تجربة الجماعة نفسها لحفظ اجتماعها ـ تضمن لها توفير حاجاتها(٩)، بعد تأمينها للصراع بين

---

(١) د/ عبد الرزاق السنهوري، د/ حشمت أبو ستيت ـ أصول القانون والمدخل لدارسة القانون ـ المرجع السابق ـ ص٣٢، ٣٣.

(٢) د/ ثروت أنيس الأسيوطي ـ نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها ـ دراسة في سوسيولوجيا الفكر القانوني ـ بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ـ كلية الحقوق بجامعة عين شمس ـ العدد الأول ـ السنة الثامنة ـ مطبعة جامعة عين شمس ـ ١٩٦٦ ـ ص١٣٣.

(٣) د/ حسن كيرة ـ أصول القانون ـ الطبعة الثانية ـ ١٩٥٩، ١٩٦٠ ـ دار المعارف بمصر ـ ص١٣٠، ١٣١.

(٤) المرجع السابق ـ ص١٢٩.

(٥) المرجع السابق ـ ص١٣٠.

(٦) المرجع السابق ـ ص١٣٣.

(٧) المرجع السابق ـ ص١٥١.

(٨) د/ ثروت أنيس الأسيوطي ـ نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها ـ المرجع السابق ـ ص١١.

(٩) د/ عبد الرزاق السنهوري، د/ حشمت أبو ستيت ـ مدخل ـ المرجع السابق ـ ص٥٣.

أفرادها، هذه القواعد هي تلك التي تتعين فيها عناصر الجبر والإلزام. هذا التأصيل لا يذهب بعيداً عن مذهب التضامن الاجتماعي، الذي يرى في التضامن الجمعي بين أفراد الجماعة حقيقة عليا يتعين القيام بكل ما من شأنه توافرها كما يتعين الامتناع عن كل ما من شأنه المساس بها[١]. فما القواعد القانونية جمعاء إلا انعكاس لهذه القاعدة الأساس. ومن هنا تأتي صفات الجبر والإلزام[٢]، التي تتمثل فيها عناصر التكليف الاقتضائي، فكل قاعدة قانونية تهدف مباشرة إلى حماية هذا التضامن الاجتماعي، هي قاعدة ملزمة تتضمن طلب فعل أو طلب انتهاء[٣]. مما يتأصل معه التكليف الاقتضائي للقاعدة القانونية على فهم من ضرورات التضامن الجمعي بين أفراد الجماعة واعتبارات العدالة، فبهما وحدهما يتحقق صالح الجماعة المنشود.

٨٣ ـ **جوهر التكليف الاقتضائي**: وعليه فالظاهر مما سلف، أن جوهر التكليف الاقتضائي واحد في القواعد القانونية الآمرة كافة، سواء أكانت هذه القواعد مسنونة من قبل سلطات الدول المختلفة أم كانت مهتدىً إليها من قبل العقل الجمعي للجماعة، وسواء أكانت هذه القواعد تتساند فلسفياً على مذهب أي من المدارس المثالية أم على مذهب أي من المدارس الواقعية. ففي جملتها هي ذات مضمون يقوم على طلب فعل أو طلب ترك مصحوب بإلزام في الطلب ضماناً لاحترامه، أياً ما كانت الحكمة مقصود ذلك الطلب التكليفي أو الفلسفة الكامنة وراءه. ومثال ذلك قاعدة تحريم القتل، فهي تتضمن طلب الانتهاء عن أفعال القتل طلباً مصحوباً بإلزام في وجوب الانتهاء، ومن ثم فهو تكليف اقتضائي. على أنه بالتأصيل الفلسفي لهذا التكليف الاقتضائي، نستظهر تبايناً في أصول المسألة، فحيث تذهب المدارس المثالية كمدرسة القانون الطبيعي إلى أن هذا التحريم إنما هو مثل أعلى للعدل يرد بداهة على العقل، فإن المدارس الواقعية ـ كمدرسة التضامن الاجتماعي والمدرسة التاريخية ـ تذهب إلى أن مرد التحريم هو ما يسجله الواقع من إشاعة للفوضى في الجماعة إن أبيح التقاتل بين الناس[٤]. الأمر الذي يتبين معه، أنه وعلى الرغم من اختلاف أصول كل مسألة من مسائل التكليف الاقتضائي حسب التصور الفلسفي الحاكم، فإن المحصلة النهائية تتعين في حقيق استقامة كافة النظم القانونية على هدى من مفاهيم التكليف الاقتضائي وعناصره.

وبعد هذا العرض لما نعنيه «بالاقتضاء» ومقصودنا بمركب «التكليف الاقتضائي» وعناصره، نستشعر أهمية استظهار حدود العلاقة التكليف الاقتضائي بالقواعد القانونية التي تتوافر فيها عناصر المركب مجتمعة، وذلك توطئة لربطه بفكرة النظام العام، وهو

---

(١) المرجع السابق ـ ص٦٧.
(٢) د/ حسن كيره ـ المرجع السابق ـ ص١٦٠.
(٣) المرجع السابق ـ ص١٦٠.
(٤) د/ حسن كيره ـ المدخل إلى القانون ـ المرجع السابق ـ ص٩٥.

ما يستلزم التمييز داخل القواعد القانونية بين الآمر منها والمكمل، والتمييز داخل القواعد الآمرة ذاتها بين ما يعُد نظاماً عاماً وما لا يعُد كذلك.

٨٤ ـ التمييز بين القاعدة الآمرة والقاعدة المكملة: سبق وأسلفنا أن القاعدة القانونية بعامة توضع لضبط السلوك داخل الجماعة بما يتفق مع العدالة وبما يحقق خير المجتمع. وهي في هذا الخصوص محكومة باعتبارين أساسيين: أولهما: مراعاة حريات الأشخاص جميعاً الطبيعي منها والاعتباري، الخاص منها والعام. وثانيهما: إخضاع هذه الحريات لحدود تنظيمية تأطيراً لها على نحو ما يتفق وأداء كل من الجماعة والدولة. من خلال هذين الاعتبارين انقسمت القواعد القانونية ما بين قواعد آمرة وأخرى مكملة ـ مقررة أو مفسرة ـ؟ وذلك بحسبان قدر ما تحوزه الإرادة الفردية من سلطان تجاه أحكام كل من هذين النوعين، فعلى حين يتقيد سلطان الإرادة تجاه القواعد الآمرة فيمتنع عليها الاتفاق على خلافها، تملك الإرادة قدراً من السلطان تجاه القواعد المكملة يمكنها من التصرف على خلاف مقتضى هذه القواعد. ليثور التساؤل في شأن القدرة الإلزامية للقواعد المكملة، وما إذا كانت هذه القواعد تفتقر إلى عنصر التكليف الموجه إلى أفراد المخاطبين بأحكامها، فيستطيعون بإرادتهم التحلل منها ومخالفة مقتضى أحكامها أم لا؟ وهو التساؤل الذي تثيره مقارنتها مع القواعد الآمرة، حيث تعدم الإرادة كل سلطان حيالها، فتنصاع لها طوعاً أو كرهاً. تصدى الفقه بجملته للإجابة على هذا التساؤل[١]، فشدد النكير على كل ادعاء بكون القواعد المكملة فاقدة للقدرات التكليفية. إذ القانون في مجموعه قواعد سلوك تتوجه لتنظيم المجتمع الذي لا يمكن تصوره بمعزل عما يمكن أن تتضمنه قواعد السلوك تلك من تكليف، فبه وحده يتم حمل الأفراد على اتباع المسلك المحدد[٢]، باعتباره أفضل الحلول التنظيمية المفترضة وفق تقدير المشرع، وبغير ذلك لا يمكن ضمان توفر الاحترام اللازم للقاعدة المقررة على نحو ما يضمن لها الانفعال المطلوب. ومن ثم فالتكليف هو جوهر القاعدة القانونية لا محض عرض لها، وبهذه المثابة فلا اختلاف في وضع القاعدة المكملة عن وضع القاعدة الآمرة، فالأولى كالثانية، كلاهما يحمل في ثناياه عناصر التكليف من إلزام وإجبار، كل ما هنالك أن لكل قاعدة قانونية ـ بحسب نوعها ـ شروط إعمال، وهي الشروط والأوصاف التي يجب أن تتوافر في الوقائع أو الأشخاص المخاطبين

---

(١) د/ سليمان مرقص ـ المرجع السابق ـ ص٦٨. وانظر أيضاً: د/حسن كيره ـ أصول القانون ـ المرجع السابق ـ ص٥٨ وما بعدها. د/محمود جمال الدين زكي ـ دروس في مقدمة الدراسات القانونية ـ المرجع السابق ـ ص١٦٣ وما بعدها. د/سمير عبد السيد تناغو ـ النظرية العامة للقانون ـ طبعة ١٩٧٤ ـ منشأة المعارف بالإسكندرية ـ ص٨٦.

(٢) د/ حسن كيره ـ المدخل إلى القانون ـ المرجع السابق ـ ص٢٠.

بمقتضى أحكام القاعدة القانونية[1]. بمعنى أن ثمة شروط في كل قاعدة يتعين توافرها لينفعل التكليف الوارد بها متحركاً ليستغرق أفراد المخاطبين. وعليه، فالقاعدة الآمرة، على الرغم من عدم جواز الاتفاق على مخالفتها إطلاقاً، لا انطباق لها إلا على من تتوافر فيهم شروط إعمالها، فإن لم تتوافر تلك الشروط فلا إعمال لمقتضاها. هذا دون أي إخلال بثبوت التكليف في حق هذه القاعدة. والأمر ذاته في القاعدة المكملة إذ يفترض أنه من ضمن شروط تطبيقها، شرط عدم اتفاق الأفراد على ما يغاير مقتضاها، مما يستظهر معه أن التكليف ثابت في حق هذه القاعدة، بتضمنها لعناصر الإلزام والإجبار، فقط يشترط لتحريك هذا التكليف من حال سكونه، أن يكون الأفراد ممن يستغرقهم التكليف وقد توافرت فيهم شروط انفعال القاعدة، التي منها عدم الاتفاق علي غيرها، فعندئذ فقط يعدون مخاطبين بمقتضى أحكامها. وعليه فإن وجد اتفاق على خلاف القاعدة المكملة، فإن عدم انطباقها لا يكون مرجعه افتقارها لعناصر الإلزام والجبر أي للتكليف، وإنما مرده إلى توقف نطاق أعمالها لتخلف شروط انطباقها[2].

١/٨٤ ـ وبذلك يستقر وضع التكليف بوصفه جوهر القاعدة القانونية، الآمر منها والمكمل، فينتفي معه إمكان التعويل عليه معياراً للتمييز بين هذين النوعين من القواعد. ما يضحى معه التساؤل عن ضابط التمييز بينهما ملحاً؟ بيد أن مراجعة ما سبق ذكره في خصوص مقصودنا بمركب «التكليف الاقتضائي»، من حيث هو طلب الفعل حتماً على سبيل الإلزام الآمر لوجوب إتيانه، أو طلب الترك حتماً على سبيل الإلزام الناهي تحريماً عن إتيانه، لينطرح هذا المركب بحسبه أصلح المعايير ضبطاً للتمييز بين كل من القاعدة الآمرة والقاعدة المكملة. وآية ذلك أن استقراء أوضاع كل من القاعدتين يفصح عن اختلاف بينهما في أساليب الخطاب الذي تنطوي عليه كل قاعدة، فعلى حين ينعقد خطاب القاعدة الآمرة ملزماً حتماً، سواء في طلبه إتيان الفعل وجوباً أم في طلب الانتهاء عن الفعل تحريماً، يأتي خطاب القاعدة المكملة تخييرياً دوماً، ما بين الرضا بمقتضى القاعدة أو الاتفاق على غير مقتضاها. وللدلالة على ما تقدم في شأن القواعد الآمرة نستحضر نص المادة (٢٢٧) من القانون المدني التي تحرم الاتفاق على فوائد تزيد على ٧٪ سنوياً من قيمة الدين. ونص المادة (٤٦٥) منه التي تحرم بيع الوفاء وتقضي ببطلان كل اتفاق يقضي بحق البائع في الاحتفاظ بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة. ونص المادة (٥١٥) منه التي توجب لزاماً على كل شريك بالشركة المساهمة في أرباحها وخسائرها. وكذلك نص المادة (١٣١) منه التي تحظر مطلقاً التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه. ونص المادة (١٤٧) منه التي تنهي لزاماً عن الاتفاق

(١) د/ سليمان مرقص ـ المرجع السابق ـ ص٦٨.

(٢) د/ سمير عبد السيد تناغو ـ المرجع السابق ـ ص٨٦.

على حرمان القاضي من رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وتقضي ببطلانه إن حصل. حال من أمثلة القواعد المكملة، نصا المادتين (٤٥٦) (٤٥٧) من القانون المدني، اللتين تقرران أن الثمن يكون مستحق الوفاء في المكان والوقت الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك. ونصتا المادتان (٤٦٢) (٤٦٣) منه اللتين تقرران التزام المشتري بنفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل ونفقات تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك. ونص المادة (٥١٤) منه التي تربط نسبة الشريك في الشركة من أرباح وخسائر بنسبة حصته في رأسمالها ما لم يتفق على غير ذلك. وكذلك المادة (٥٦٧) منه التي تفرض على المؤجر التزاماً بصيانة العين المؤجرة وإجراء الترميمات الضرورية فيها في أثناء الإجارة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

٨٤/ ٢ ـ من جملة ما تقدم، ينجلي الدور الذي يمكن أن يعهد به إلى «التكليف الاقتضائي» اضطلاعاً بمهمة التمييز بين القواعد الآمرة والمكملة. فمن ثنايا ومضامين كل قاعدة، يمكـن الكشف عن حقيقة ما يتضمنه خطابها، فيما إذا كان طالباً للإلزام الوارد بها حتماً فيتعين إتيان الفعل وجوباً أو الانتهاء عنه تحريماً، أم أنه لا يعدو أن يكون مخيراً ما بين ما به من حكم ملزم وبين الاتفاق على خلافه حيث يتعين ذلك الحكم الملزم حال غياب الاتفاق على خلافه. فإن أفصح الكشف عن الحال الأول كان التكليف اقتضائياً وغدت القاعدة آمرة، وإن أفصح عن الحال الآخر فلا يعدو التكليف كونه تخييرياً لا اقتضائياً لتغدو القاعدة مكملة.

٨٥ ـ نقـد: وقد يعترض هذا قالة أن ذاك المعيار لا يعدو كونه معياراً لفظياً مستمداً من عبارات نص القاعدة القانونية ذاتها، وهو ما لا يحتاج في تعيينه لبذل جهد عقلي أو مباشرة سلطة تقديرية باعتبار أن العبرة بالصياغة اللفظية للقواعد، فما تستوي صيغته وجوباً أو تحريماً يكون آمراً، وما لا تتضمن صيغته اللفظية مثل ذاك أو تستوي صيغته دالة على طابع تخييري يكون مكملاً؛ بينما الواقع يفصح عن أوضاع لا تنطوي فيها صياغة القاعدة القانونية على ألفاظ تدل على أي منهما، الأمر الذي يصير معه هذا المعيار عاجزاً قاصراً عن الاضطلاع بالمهمة الموكولة إليه[1].

٨٥/ ١ ـ غير أن هذا الاعتراض مردود بأكثر من وجه، فمن الوجه الأول يتوقف هذا الاعتراض عند ظاهر الرأي دون إنعام نظر في فحوى مضمونه، متجاهلاً سالف ما انتهينا إليه. فمن البداية لم نكن نقصر قواعد القانون على تلك النصوص التشريعية

---

(١) فقد كانت هذه الاعتبارات هي الباعث على استجلاب الفقه، فكرة النظام العام وتهيئتها ضابطاً للتمييز بين القاعدة الآمرة والمكملة، وهو ما سوف نخضعه للدراسة النقدية استظهاراً لوجه الصحة من الخطأ، نحو ما يلي لاحقاً.

المسنونة من قبل سلطات الدولة المختصة، بل وسعنا نطاق القواعد القانونية لتشمل إلى جانب هذه الأولى، تلك التي تكون موضع اتفاق الجماعة بأسرها، معتمدة إياها أحكاماً ملزمة لها يتعين عدم الخروج عليها. وعليه فإن نظراً كهذا يتضمن داخله الاحتراز عن اعتماد معيار لفظي للتمييز بين القواعد الآمرة وتلك المكملة، باعتبار قصور المعيار اللفظي عن امتثال التمييز المبتغى داخل القواعد القانونية نتاج الجماعة، التي هي غالباً ما لا تكون مصاغة نصاً أو لفظاً، وإنما متعينة مضموناً بالعقل الجمعي ذاته، لأمر ينفي قالة اعتناقنا لمعيار لفظي.

٨٥/ ٢ ـ ومن وجه آخر، فما نعنيه باعتماد «التكليف الاقتضائي» معياراً للتمييز عن طريق فحص فحوى خطاب القاعدة القانونية ليس الفحص اللفظي لصيغة القاعدة، وإنما الفحص المضموني لفحوى موضوع القاعدة ذاته. وهو ما يكون بتحليل مضمونها وعناصر أحكامها، مع عرض القاعدة بعد ذلك على باقي القواعد القانونية المتعلقة بالمسألة موضع التنظيم ـ سواء ما يعلوها من قواعد أم ما يوازيها ـ، وذلك كله في إطار المنطق القانوني العام الحاكم في هذا الشأن. فمن خلال هذه الآليات، يكون بالمستطاع استظهار طبيعة القاعدة القانونية، وما إذا كانت قد أريدت على سبيل الوجوب أو التحريم الحتميين، أم أنها للتخيير بين حكمها وبين الاتفاق على خلافه.

٨٥/ ٣ ـ ومما يزيد الأمر وضوحاً، أن ثمة قواعد مسنونة مشرعة قد يرتب الفحص اللفظي لعباراتها نتائج تخالف تلك التي يرتبها الفحص التحليلي لفحوى خطابها على نحو ما تقدم، فيخلص الفحص اللفظي إلى كونها قاعدة آمرة حال ينتهي الفحص في المضمون إلى كونها قاعدة مكملة. مثال ذلك القاعدة التي تنطوي عليها المادة (٢٢٦) من القانون المدني التي نصت بصدرها على أنه «إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين عن الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية . . .»[1]، فالفحص اللفظي لهذا النص يؤدي إلى اعتبارها قاعدة آمرة، إذ تلزم عباراتها المدين بدفع قدر معين من الفوائد التأخيرية المحددة للدائن، غير أنه بمطالعة مضمون هذه القاعدة في ضوء باقي نصوص المادة ذاتها ونصوص المادة التي تتلوها (٢٢٧) التي تجيز الاتفاق على فوائد تأخيرية لا تجاوز نسبة ٧٪ من جملة الدين، نستخلص موضوعاً أن الحكم الوارد بالمادة (٢٢٦) المصاغ بعبارات اللزوم، لا يفيد وجوباً، أي: إنها لا تنطوي على «تكليف اقتضائي» وإنما هو حكم مصروف عنه إلى غيره، فيجوز الاتفاق على خلافه.

٨٥/ ٤ ـ لذلك فإنه يغلب على الظن، أن هذا المعيار هو الأقرب للرشد في

---

(١) د/ سليمان مرقص ـ المرجع السابق ـ ص٧١: اعتبر هذه القاعدة، مكملة.

الاستهداء إلى طبيعة القاعدة القانونية، إذ يعتمد آليات عمل تقوم على وزن القاعدة في ضوء حقيقة وضعها داخل النظام القانوني بأكمله، وفي ضوء علاقتها بباقي القواعد المتصلة بذات المسألة. وآية الرشد في هذه الخصوص أن كل قاعدة قانونية ليست نبتًا منفصلاً عن واقع بيئتها، وإنما هي فرع بشجرة القانون المكتملة الفروع والأغصان، بحيث تتعين حدود ماهية الفرع في ضوء أطر البناء التنظيمي بكامله، وحدود علاقاته بغيره من الفروع الملاصقة له، التي يتغذى منها ويغذيها. وهو أمر نحسبه ضرورياً في ظل واقع يتسم بالتطور السريع في المفاهيم الجمعية والتوجهات الرسمية ويستلزم حتماً تطوراً مماثلاً في طبائع القواعد القانونية وحدود تطبيقها، وهو ما لا يتأدى إلا بمراجعة تحليلية لعناصر القاعدة ومضمون أحكامها في ضوء الواقع القانوني العام المصاحب. ومن أمثلة هذا أن المسؤولية التقصيرية التي تلزم كل من أتى فعلاً غير مشروع سبب ضرراً للغير، بتعويض جابر لهذا الضرر، كانت قديماً من القواعد المكملة التي يجوز الاتفاق على خلافها[1]، ولذلك كان مشروعاً شرط الإعفاء من تلك المسئولية التقصيرية، أما بوقتنا الراهن فقد غدت أحكام المسؤولية التقصيرية قواعد آمرة لا محيص عن الالتزام بها وليس بالمستطاع الاتفاق على خلافها، ومكمن هذا الإلزام ليس الصياغة الآمرة لعبارات نص الفقرة الثالثة للمادة (٢١٧) مدني التي قررتها، وإنما مرجعه ذاك التطور الحاصل لكل من الوعي الجمعي للجماعة والإدراك الرسمي للدولة، والذي أودى بهما إلى كفالة الضمانات الاجتماعية منعاً لمظاهر الاستغلال، وهو ما يجد بعده في أحكام قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية، فضلاً عن القاعدة الكلية الواردة بنص المادة (٥٧) من الدستور، التي تكفل تعويضاً عادلاً لمن يقع عليه اعتداء. بما يتضح معه أن طبيعة قاعدة بعينها قد تغيرت بتغير أساسي في المفهوم الكلي للنظام القانوني الحاكم. وهو ما لن يكشف عنه إلا الفحص الموضوعي الدقيق لفحوى خطاب القاعدة ومضمونه في ضوء عناصر بيئتها المحيطة.

٨٥/ ٥ ـ ومن ناحية ثالثة، فإن كل ما يمكن توجيهه من نقد لهذا المعيار، هو نقد يماثل ذلك الذي يوجه إلى فكرة النظام العام بوصفها المعياري المميز للقاعدة الآمرة عن تلك المكملة، من حيث مرونتها وغموضها، ومن حيث ترك الأمر إرادياً بيد القضاء لتحديد طبيعة كل قاعدة قانونيـة. وهو النقد الذي لا ينال من المعيار ذاته، كون هذه الاعتبارات كما تحمل من أوجه نقد تتضمن من المزايا ما يستغرق هذا النقد؛ ولعل أهم تلك المزايا أن هذه المرونة التي يتسم بها هذا المعيار الذي نقول به، تتيح لكل قاعدة قانونية فرصاً للتطور، اتساقاً مع التطور العام الحاصل بالفهم الكلي للمنظومة القانونية، واتساقاً مع التطور الجزئي للتوجه الرسمي أو المعتنق الجمعي حيال المسألة

---

(١) د/ محمود جمال الدين زكي ـ المرجع السابق ـ ص١٧١.

محل التنظيم بمقتضى القاعدة المعنية. كما هو حال القواعد المنظمة لإيجارات الأماكن التي انتظمت العلاقة بين المؤجر والمستأجر، فقد تراوحت أحكامها ما بين مقرر لحرية الطرفين في تعيين القيمة الايجارية، ومقيد لتلك الحرية تقييداً كاملاً مخولاً سلطان تعيين تلك القيمة لجهات إدارية مختصة. وبكل حال من تلك الأحوال كانت القاعدة القانونية المنظمة، قاعدة آمرة بما تتسم به من عناصر تكليف اقتضائي تستعصي على الاعتداء أو التجاوز. وهو ما استبان موضوعياً بالفحص المضموني لأحكام تلك القواعد في ضوء توجهات المشرع والمعتنق الرسمي للدولة لا بالاعتماد على الحرفية اللفظية لعباراتها وحسب.

٨٦ ـ التمييز داخل القواعد الآمرة بين ما يعُد نظاماً عاماً وما لا يعُد كذلك: انتهينا فيما تقدم من دراستنا إلى اعتبار المصطلح المركب «التكليف الاقتضائي» الضابط المعياري الأصلح للاضطلاع بهذه المهمة. لنجد أنفسنا في مواجهة تساؤل آخر عن وضع مفهوم النظام العام وقواعده بالنسبة إلى هذا المعيار وحدود التماس معه. وللإجابة على هذا التساؤل، نبدأ بعرض موجز للموقف الفقهي بهذا الخصوص، إذ يميل الغالب من فقه القانون الخاص وبمسايرة غالب فقه القانون العام، إلى أن فكرة النظام العام إنما هي معيار للتميز بين القاعدة الآمرة والقاعدة المكملة، فالأستاذان السنهوري وأبو ستيت يذهبان إلى أن القواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد مخالفتها نهائياً، هي تلك المتعلقة بالنظام العام، أما القواعد التي يجوز لهم مخالفتها فهي التي لا تتصل بالنظام العام، فالذي يميز بين النوعين هو مدى اتصال القاعدة بالنظام العام أو عدم اتصالها به[1]، فأساس التميز بين كل من القاعدتين هو مقدار مساس القاعدة بمصلحة الجماعة وكيانها أو مقدار اتصالها بأي من الأسس التي يقوم عليها نظام الدولة، فإن كانت ماسة بأي منهما أو متصلة بهما كانت القاعدة آمرة، وإن لم تكن أضحت مكملة، وهو ما يعبر عنه باصطلاح النظام العام والآداب، «لتكون القاعدة الآمرة هي القاعدة التي تتعلق بالنظام العام أو تمس الآداب، والقاعدة المكملة ـ المقررة ـ هي التي لا تتعلق بالنظام العام ولا تمس الآداب»[2]. ومن هذا المنطلق نجد هذا الاتجاه الفقهي الغالب يتعامل مع قواعد القانون العام كافة باعتبارها قواعد النظام العام بحكم صفتها الآمرة الناهية، التي لا تحتمل خرقاً أو مخالفة، نظراً لوثوق اتصالها بأسس نظام الدولة وصالحها الأعلى وكيان الجماعة وصالحها الكلي.

(١) د/ السنهوري، د/ حشمت أبو ستيت ـ المدخل لدراسة القانون أو أصول القانون ـ المرجع السابق ـ ص١٧٩، وفي ذات المعنى د/ سليمان مرقص ـ المرجع السابق ـ ص٧٣ وما بعدها.

(٢) محمود جمال الدين زكي ـ المرجع السابق ـ ص١٦٩ وكذلك د/ عبد الحي حجازي ـ النظرية العامة للالتزام ـ الجزء الأول ـ الإلزام في ذاته ـ طبعة ١٩٥٤ ـ مطبعة نهضة مصر بالفجالة ـ ص١١٢، ١١٣.

٨٦/ ١ ـ بيد أن إنعام النظر فيما تقدم، يفصح عما يشوب هذا الرأي من عوار. فافتراض كون كل آمر ناهٍ هو بالأساس وثيق الاتصال بأصول الجماعة وكلياتها وأسس الدولة وكيانها على نحو يجعله ذا تأثير مباشر على صوالح الدولة العليا ومصالح الجماعة الكلية، هو افتراض غير محقق علمياً ولم يقدم هذا الفقه أدلته العلمية على صحته. وهذا النقص يشوب بالعوار الفرض الأساس الذي يبنى عليه الفقه معيار «فكرة النظام العام» ضابطاً للتمييز بين القواعد الآمرة والمكملة، من حيث اعتماده أصلاً لاعتبار كافة قواعد وأحكام القانون العام من النظام العام.

٨٦/ ٢ ـ وصحيح الأمر كما يذهب الأستاذ الدكتور حسن كيره، أن كل القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب هي قواعد آمرة، حال كون العكس غير صحيح، فليست كل القواعد الآمرة متعلقة بالنظام العام[1]. وهو عين ما ينتهي إليه الدكتور سمير تناغو إلا أن «من المتصور أن تكون القاعدة آمرة بحسب المعيار الجامد دون أن تكون مع ذلك مرتبطة بالنظام العام في المجتمع»[2]. إذ من القواعد الآمرة ما لا يكون ماساً بمصلحة عليا للدولة أو بصالح كلي للجماعة، وإنما هو آمر تغليباً لمصلحة خاصة على أخرى خاصة ـ أيضاً ـ تتعارض مع الأولى، رأى المشرع تغليب الأولى على الثانية نزولاً على اعتبارات العدالة وموجبات المصلحة الأولى بالحماية. ليغدو مناط التمييز داخل القواعد الآمرة بين المتعلق منها بالنظام العام وغير المتعلق به المصلحة المستهدفة من مقصود القاعدة، فإن كانت مصلحة عليا للدولة أو مصلحة كلية للجماعة، أضحت القاعدة من النظام العام، أما إن كانت مجرد تغليب لصالح مخصوص على آخر مخصوص دون اعتبار للصالح الكلي الأعلى، كانت القاعدة آمرة وحسب، دون اتصال بالنظام العام. كحال «القواعد التي تنظم الولاية أو الوصاية على القاصر، هي قواعد آمرة، ومع ذلك فإنها لا تتعلق في قواعدها التفصيلية بالنظام العام للمجتمع، لأنها تهدف إلى حماية مصلحة القاصر الخاصة من الظلم الذي قد يلحق به بسبب عدم خبرته أو نضجه، ولذلك فإن الجزاء على مخالفتها رغم أنها قواعد آمرة هو البطلان النسبي وليس البطلان المطلق»[3].

٨٦/ ٣ ـ وعليه فإن التمييز داخل القواعد الآمرة بين ما يتعلق منها بالنظام العام وما ليس له تعلق بهذه الفكرة، يجد مظهره في الجزاء المترتب على مخالفة كل من القاعدتين، فجزاء مخالفة قاعدة النظام العام البطلان المطلق، وجزاء مخالفة القاعدة الآمرة غير المتعلقة بالنظام العام محض القابلية للإبطال. ومن أمثلة القواعد الآمرة التي

---

(١) د/ حسن كيره ـ أصول القانون ـ الطبعة الثانية ـ ١٩٥٩، ١٩٦٠ ـ دار المعارف بمصر ـ ص٦٩.

(٢) د/ سمير تناغو ـ النظرية العامة للقانون ـ طبعة ١٩٧٤ ـ منشأة المعارف بالإسكندرية ـ ص٨٩.

(٣) د/ سمير تناغو ـ النظرية العامة للقانون ـ المرجع السابق ـ ص٨٩.

ليست من النظام العام تلك التي يقصد بها حماية القاصر، فالقانون لم يرتب البطلان المطلق جزاء تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر، بل قرر قابليتها للإبطال وحسب، أي البطلان النسبي[(١)]. مما يفيد أن ثمة تمايزاً داخل القواعد الآمرة، بحيث تكون تلك المتصلة بالنظام العام وحدها،غير المتحملة لأي مخالفة، وإلا كان البطلان المطلق جزاءها.

٤/٨٦ ـ ويستفاد مما تقدم أن من القواعد الآمرة ما يتعذر على غير من تقررت القاعدة لصالحه أن يتمسك بها، مثال ذلك ما قررته محكمة النقض في شأن المادة السادسة من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون التعاون الإسكاني، التي تنص على أن «مع عدم الإخلال بالتصرفات الثابتة التاريخ قبل العمل بهذا القانون، يحظر على العضو خلال العشر سنوات التالية لتاريخ التخصيص أن يتصرف في العقار التعاوني الذي خصص له أو آل إليه لغير الزوج أو ذوي القربى حتى الدرجة الثالثة أو الجمعية»، حيث انتهت المحكمة إلى أن مخالفة ما ورد بهذا النص من حظر التصرفات في الملكية العقارية التعاونية خلال العشر سنوات التالية على التخصيص، إنما هو مقرر لمصلحة الجمعيات التعاونية وحدها دون غيرها، وعليه فإن لم تتمسك الجمعية المعنية ببطلان التصرف المخالف لذلك الحظر، فليس لغيرها حق في ذلك[(٢)]. وهذا يفيد الممايزة داخل القواعد الآمرة، بين ما يتصل منها بالنظام العام وما لا علاقة له بالنظام العام. فرغم كون الحظر المقرر بالنص المتقدم يفيد بالقراءة الأولى أن النص ناهٍ، مما قد يفهم منه اتصاله بالنظام العام وفق المعيار الفقهي الشائع بهذا الخصوص، إلا أن افتقاره لغاية الصالح الجمعي العام أو لهدف إشباع مصلحة كلية للدولة، انصرف به خارج إطار مفهوم النظام العام ليضحى محض قاعدة قانونية آمرة.

الأمر الذي نخلص معه إلى أن مفهوم النظام العام، ليس بالمعيار الذي يصلح للتمييز بين القواعد الآمرة وتلك المكملة. فليست كافة القواعد الآمرة من النظام العام، بحيث يكون في عدم اتصال القاعدة بمفهوم تلك الفكرة، صرفاً لها عن نطاق القواعد الآمرة إلى نطاق القواعد المكملة. ذلك أن القواعد الآمرة ليست جميعها من النظام العام، وإنما منها ما يتوقف شأنه عند حد الأمر أو النهى المتضمن فيه، دون أن يكون معبراً عن أي من كليات الجماعة أو أصول ارتكاز الدولة، وإنما مقصد تشريعه تغليب بعض المصالح الخاصة على غيرها من نوعها نفسه، بينما قواعد النظام العام هي بالأساس تكاليف اقتضائية مقررة للصالح الجمعي العام أو الرسمي الأعلى للجماعة أو الدولة.

---

(١) حسن كيرة ـ أصول القانون ـ المرجع السابق ـ ص٧٠.

(٢) محكمة النقض ـ طعن رقم ١٤٣٦ لسنة٧٠ ق. ـ جلسة ٢٠٠١/٢/١٨.

المطلب الثالث

فكرة النظام العام والحد من سلطان الإرادة

٨٧ ـ متى كان مفهوم النظام العام، في حده الأساسي، وضع تكليف اقتضائي، صادر عن الدولة أو الجماعة، بطلب فعل حتمي على سبيل الوجوب الآمر أو طلب كف حتمي على سبيل التحريم الناهي، فإن وضع النظام العام يستقيم في هيئة خطاب جازم يوجه إلى أفراد المخاطبين بأحكامه، ممن لهم أهلية التصرف قانوناً حسبما سلف بيانه. وهذا الخطاب ينشئ إطاراً تنضغط داخله إرادات هؤلاء الأفراد جميعاً، حيث تفقد من سلطانها بقدر ما تستوجبه اعتبارات الانضغاط بحدود هذا الإطار، وفقدان الإرادة لسلطانها عندئذ لا يكون تخلياً طوعياً وإنما نزولاً جبرياً.

٨٧/ ١ ـ وعليه فالنظام العام هو حد على سلطان الإرادة[١]. وهي بصدد تصرف قانوني باعتباره فرضاً لإرادة المشرع ـ الدولة أو الجماعة حسب الحال ـ على إرادة الأفراد[٢]، أي هو التضحية بسلطان الإرادة الفردية لصالح إرادة المجموع. فحسب النظام العام اتجاهه إلى ضبط نشاط الأشخاص وتصرفاتهم الاجتماعية[٣]، حتى يضحى حداً على سلطان إراداتهم، على نحو ما ينحسم معه أي نزاع قد يثور بين القانون والإرادة الفردية، وذلك في صالح الأول، إلى حد تضحى معه هذه الإرادة الفردية فاقدة لكل سلطان تقديري بخصوص التصرف المراد إتيانه[٤]، لتغدو غير مستطيعة حيال مقتضيات أحكام النظام العام سوى الانصياع.

٨٧/ ٢ ـ بيان ذلك، أن الحد لغة من حِدَّة السيف أي: صيرورته قاطعاً، ويقال حد السيف أي: شحذه، وحد الأرض أي: وضع فاصلاً بينها وبين ما يجاورها، وحد فلان حداً أي: قتّر عليه في الخير والرزق، كما يقال حدد على فلان أي: منعه من حرية التصرف[٥]. وهي المعاني التي تفيد التقييد والتقتير قدر ما تفيد القطع والفصل. وعليه

---

(١) د/ محمود جمال الدين زكي ـ المرجع السابق ـ ص١٧٣، وبهذا المعنى د/ منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ـ ص١٢٨.

(٢) د/ أحمد سلامة ـ الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين وللأجانب ـ الطبعة الثالثة ـ ١٩٦٣ ـ دار الفكر العربي ـ ص٣٤١.

(٣) د/ محمد عصفور ـ المرجع السابق ـ الجزء الأول ـ ص١٢٦.

(٤) د/ محمد بدران ـ المرجع السابق ـ ص٣٤.

(٥) المعجم الوسيط، الجزء الأول، ص١٦٠.

فالقول بأن النظام العام حد على سلطان الإرادة، إنما يفيد تقييد هذه الإرادة تقتيراً على سلطانها على النحو الذي يحول دون حريتها في التصرف، فتغدو أسيرة نموذج سلوكي معين عليها اتباعه إن شاءت للتصرف أن يؤتى أوكله.

٨٧/٣ ـ لكن هذا الحد لا يمثل عائقاً دون تكون الإرادة بما يحول دون نشأتها أصلاً، أو بما يؤدي إلى نشأة ناقصة لها غير مكتملة الأركان. وإنما عنينا بانعدام سلطان الإرادة وانضغاطها في أطر محددة، أن الإرادة من الناحية الفعلية تكون موجودة مكتملة الأركان والشروط من حيث الماهية لكن تحركها وهي في سبيل إنشاء التصرف القانوني، يتعين ألا يتجاوز حدود الأطر التي أقامتها أوضاع النظام العام. فإذا كانت آثار هذا التصرف ـ وهي المبتغى الأساسي من وراء القصد ـ معلقة ابتداءً وانتهاءً على التزام حدود هذه الأطر، يغدو من شأن مجاوزتها، تخلف هذه الآثار، أي إن هذه الإرادة الموجودة المكتملة التي تستهدف التصرف، تعجز عن أن تجعله يؤتي أكله ويحدث آثاره إذا ما تجاوزت حدود الأطر المعينة لهذا التصرف حسبما حدتها أوضاع النظام العام. ومن هنا كان تعبيرنا أن مفهوم النظام العام بأوضاعه، حدّ على الإرادة، من حيث هو أطر متداخلة متشابكة تتحدد من خارج ماهية الإرادة، فتمثل لها القالب الذي يتعين عليها الانضغاط فيه، إن شاءت أن تحصّل آثار التصرف القانوني المبتغى، وهذا الأمر يسلمنا إلى بحث ما نقصده بالإرادة.

٨٨ ـ الإرادة قد تكون خاصة وقد تكون عامة، والإرادة الخاصة قد تكون إرادة فردية منسوبة إلى شخص طبيعي وقد تكون إرادة معنوية منسوبة إلى شخص اعتباري. فأما الإرادة العامة فهي الإرادة المؤسسية المنسوبة إلى الشخص الإداري العام، المكون من جهات إدارية مختلفة. وأما الإرادة الخاصة ـ فردية أم معنوية ـ فالمعني بها: وعي الشخص صاحب هذه الإرادة ـ طبيعياً كان أم اعتبارياً ـ بأمر التصرف القانوني الذي يشرع فيه، بإدراك ماهيته، ومعرفة آثاره من الحقوق والالتزامات. هذا الوعي يكتمل بتحقق قصد الشخص للتصرف بآثاره المترتبة عليه كافة[١]. ويشترط في هذا القصد أن يكون، قصداً فعلياً، «بمعنى أن يقصد صاحب الإرادة الارتباط بأمر معين على سبيل الجبر والإلزام الذي تكفله السلطة العامة»[٢]، فلا تكون على سبيل المجاملة أو التأدب أو التودد. كما يتعين فيه أن يكون قصداً جاداً لا هزلاً، وحقيقياً لا صورياً، فلا يكفي ظهور الإرادة على نحو يدل أنها تبتغي إحداث الأثر القانوني، حال كونها لا تبتغيه حقيقة[٣]، وهذا ما يعبر عنه بوجود الإرادة.

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي ـ نظرية العقد والإرادة المنفردة ـ موسوعة القانون المدني المصري ـ طبعة ١٩٨٤ ـ مطبعة نهضة مصر ـ ص٨٩.

(٢) المرجع السابق ـ ص٩٠. (٣) المرجع السابق ـ ص٩١، ٩٢.

١/٨٨ ـ ومن ناحية أخرى، يجب أن تصدر هذه الإرادة عن شخص يكون متمتعاً بالأهلية اللازمة للقيام بهذا التصرف، وألا تكون هذه الأهلية قد جرحها أي من عوارضها. ذاك أن الشخص ـ سواء أكان طبيعياً أم اعتبارياً ـ يشترط فيه كي تنتج إرادته الآثار القانونية الصحيحة المترتبة على التصرف القانوني المراد، أن يكون صالحاً لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، فضلاً عن صلاحيته لمباشرة هذا التصرف القانوني، هاتان الصلاحيتان هما ما يطلق عليه الأهلية، وجوباً وأداءً. وأهلية الأداء هي المعنية لدينا في هذا الخصوص، فهي الصلاحية لمباشرة التصرفات القانونية التي من شأنها أن تكسب الحق أو تحمّل بالالتزام، أي هي صلاحية إرادة الشخص لصدور التصرف عنها[١]. ومناط هذه الأهلية، يكمن في السن القانونية المحددة للاضطلاع بالتصرفات القانونية، بيد أن هذه السن ليست بمناط قاطع في ذاته، بل هو منضبط دوماً بشرطي الإدراك والتمييز، فثمة من يكون قد بلغ السن المحددة، ورغم ذلك لا تكون إرادته صالحة للقيام بالتصرفات القانونية المقصودة، وعلة هذا أن يكون قد لحق الإدراك والتمييز ما أفسدهما كما في السفه، أو أعدمهما كما في الجنون، أو حال دونهما ودون القدرة على إتيان التصرف كالإصابة بعاهة جسمانية أو صدور حكم على الشخص بعقوبة جنائية. ففي هذه الأحوال يكون قد اعترض الإدراك عارض، حال بين الإرادة وإتيانها التصرف وتلك هي المسماة بعوارض الأهلية، وإن شئنا الدقة هي انتفاء شروط الأهلية؛ باعتبار الإدراك والتمييز شرطا الأهلية، يلزم من عدمهما عدم الأهلية ولا يلزم من وجودهما وجود الأهلية أو عدمها. فهما بذاتهما ليسا بصالحين للقيام بالتصرف القانوني، وإنما ما يصلح به إتيان التصرف هو بلوغ السن المقررة قانوناً، مما يبدو معه السن باعتباره مناط الأهلية أي ركنها الركين الذي يلزم من وجوده أو عدمه وجود الأهليـة أو عدمها. ولكن المشرع اشترط لكمال هذه الأهلية، شرطي الإدراك والتميز اللذين يدوران وجوداً وعدماً مع أهلية الأداء[٢]، لذا غدوا شرطين للأهلية. مما لا يكفي معه للقول باكتمال الإرادة، مجرد تحقق مناط الأهلية ببلوغ الشخص السن القانونية المعينة من قبل المشرع، بل يلزم بالإضافة إلى ذلك أن يصاحب هذه السن اكتمال في الإدراك والتميز أي خلو للأهلية من عوارضها، عندئذ تكون الإرادة صالحة لإتيان التصرف القانوني وترتيب آثاره المقصودة، لتوافر مناط الأهلية وتحقق شروطها.

٢/٨٨ ـ أما الإرادة العامة، فهي تلك الإرادة المؤسسية المنسوبة انتهاء إلى الدولة. فالأخيرة بوصفها شخصاً اعتبارياً عاماً، تحتاج دوماً إلى إرادة للاضطلاع بما هو موكول

---

(١) دون حاجة إلى التعرض لتفاصيل الأهلية وشروطها في كل تصرف من التصرفات ـ فيكفينا في هذا المقام أن يكون للشخص الأهلية اللازمة للاضطلاع بالتصرف المراد ـ المرجع السابق ـ ص٢٤٦.

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي ـ نظرية العقد والإرادة المنفردة ـ المرجع السابق ـ ص٢٤٥، ٢٤٦.

إليها من مهام وأعمال قانونية، تأخذ إما شكل القرار الإداري وإما شكل العقد الإداري[1]. وكلاهما يكون إفصاحاً عن إرادة جهة الإدارة. فالقرار الإداري هو إفصاح جهة الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين أو تعديله أو إلغائه ابتغاء مصلحة عامة. ومن ثم وبهذا الاعتبار يغدو القرار الإداري تصرفاً قانونياً[2]، يستوجب دوماً إرادة كاملة لها أهلية إتيانه. ولكن نظراً لطبيعة الشخص الاعتباري العام المختلفة عن طبيعة الشخص الطبيعي الخاص، فالإرادة العامة تتميز بعناصر مفارقة لعناصر الإرادة الخاصة التي أسلفناها آنفاً.

٨٨/ ٣ ـ فشرط الولاية بالنسبة للإرادة العامة، يعد المكافئ الموضوعي لشرط الأهلية في الإرادة الخاصة، كما أن خلو هذه الولاية من مظاهر غصب السلطة يعد معادلاً لشرط خلو الأهلية من عوارضها. على أنه ليشترط في الإرادة العامة فضلاً عما تقدم، ما ليس له مماثل في الأهلية، وهو تعين استهداف تلك الإرادة الصالح العام كون مسوغ الولاية العامة هو ابتغاؤها مصلحة عامة. وتفصيل ذلك[3]، أن الدولة بوصفها مشخص الجماعة، تستمد من هذا التشخيص مبرر قيامها، فهي بموجب وجودها لحماية الجماعة وتنظيم شؤونها وتسيير مصالحها، تتمتع بقوامة على هذا المجتمع وذلك في خاصة شأنه العام، ومن هذه القوامة تتفرع سلطاتها المختلفة وتتنوع مؤسساتها حيث يعهد لكل منها بمهمة من مهامها. فالدولة ليست هيئة واحدة، وإن كانت شخصية اعتبارية واحدة، إذ تتشكل تنظيمياً من هيئات ومصالح تتوزع عليها وظائفها المنوطة بها. فتتولى كل هيئة وظيفة محددة بحيث تستمد كل من تلك الهيئات سلطان التقرير والتنفيذ في خصوص الوظيفة المعهود بها إليها بموجب وصف تمثيلي وصفة تفويضية تأتيها من مستند عام كالدستور أو القانون أو اللائحة فيما يعبر عنه بالاختصاص. أي: أن كل هيئة يكون منوطاً بها اختصاص عام محدد تتمتع حياله بسلطان التصرف الكامل في شأنه. والاختصاص هو تفويض تستمد منه الجهات المختصة صلاحية إتيان العمل العام والتصرف في شأنه. وأي تصرف تأتيه في هذا الخصوص يصح وينفذ في حق الغير بموجب ما يثبت للمتصرف ـ الهيئة أو ممثليها من الموظفين المختصين ـ من

---

(١) غالب ما تقوم به الدولة من أعمال إما أن تكون مادية أو قانونية ـ وما يعنينا هنا الأعمال القانونية التي تأخذ مظهر القرار الإداري أو العقد الإداري.

(٢) د/ طعيمة الجرف ـ مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإرادة العامة للقانون ـ الطبعة الثالثة ١٩٧٦ ـ دار النهضة العربية ـ ص٢١١.

(٣) انظر في تحديد معنى الولاية العامة ـ افتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة ـ رقم ١٦٠ ـ بتاريخ ٢٢/٦/١٩٩٧م ـ جلسة ١٨/١٢/١٩٩٧م ـ ملف رقم ٥٤/١/٣٣٩.

صلاحية إمضاء القول على هذا الغير وهذه الصلاحية هي ما يعرف بالولاية. وعليه فكي يكون التصرف القانوني الصادر عن هيئة ما من هيئات الدولة صحيحاً نافذاً منتجاً لآثاره، يتعين أن يكون صادراً من ذي ولاية، أي ممن له مكنة إمضاء القول على الغير بموجب ما يتمتع به الأول من صفة تفويضية أتته من مستند عام كالدستور أو القانون أو اللائحة. وذاك باعتبار الدولة مشخص الجماعة قد فوضته عنها في الاضطلاع بمهام هذا الاختصاص المعينة حصراً. هذه الولاية المعروفة اصطلاحاً بمفهوم «الاختصاص» لدى فقه القانون العام، تستلزم لاكتمالها، أن تكون مؤطرة بحدود ما هي مفوضة فيه، أي بأطر الوظيفة الموكولة بمهامها إليها، فيعد خارجاً عن الحدود الولائية للجهة الإدارية إتيانها تصرفاً يجاوز حدود اختصاصها لما فيه من مجاوزة لحدود ما هي مفوضة فيه الأمر المعروف بغصب السلطة.

٨٨/ ٤ ـ ويعد شرط الاختصاص بما يقتضيه من خلو التصرف الإداري الصادر من عيب غصب السلطة، معادلاً لشرط خلو الأهلية في الإرادة الخاصة من عوارضها. على أن هذه الولاية لا تكفي وحدها لاكتمال الإرادة العامة وصحة ما تأتيه من تصرفات. فثمة ما يلزم وجوده، فضلاً عما تقدم، وهو تعين ابتغاء هذه الإرادة للصالح العام باعتبار أصل الولاية هو تفويض الدولة إحدى الجهات الإدارية لتولى إحدى مهامها، وفق التصور الخاص بكون الدولة مشخص الجماعة، حيث تستمد قوامتها من ضمانها توفير كامل صالح الجماعة وتنظيم شؤونها وتسيير أمورها، فمن ثم يغدو متعيناً انضباط عملها دوماً بهدف الصالح العام، الأمر الذي ينسحب بدوره إلى أجهزتها المختلفة التي يلزمها دوماً مقصد ابتغاء المصلحة العامة هدفاً ووجهة. وعليه يصير اللازم توفره لاكتمال الإرادة العامة الصالحة لإتيان القرار الإداري المنتج لآثاره كافة إنتاجاً صحيحاً، أن يتحقق فيمن يأتي التصرف، السلطان الولائي لإنفاذه على الغير بداية، مع تبلور بغيته من وراء التصرف لأجل الصالح العام انتهاء.

٨٨/ ٥ ـ والأمر نفسه في شأن العقد الإداري فلكونه هو والقرار الإداري وسيلتي الجهات القوامة على العمل العام في تصريف وتسيير الصالح العام بإدارة الشأن العام، يغدو واجباً في الإرادة العامة القائمة بالتصرف وهي بصدد إبرام عقد إداري، أن تحوز السلطان الولائي للتصرف في المال أو المصالح أو الشؤون موضع العقد المبرم، فتكون أمينة عليه بموجب مستند شرعي كالدستور أو القانون أو التنظيم اللائحي[1]. أي: يكون لها القوامة على ما تتعاقد في خصوصه، فضلاً عما يستوجبه التعاقد بعامة من شروط خلو الإرادة من عيوب الرضاء التي قد تشوبه كالغلط أو الإكراه أو التدليس أو الغبن[2].

---

(١) الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة ـ الفتوى السابقة.

(٢) وإن كان الفقه قد قلَّص من إمكان اعتوار الإرادة العامة بمثل هذه العيوب.

٦/٨٨ ـ وعليه، فإن كانت الإرادة المكتملة عامة أو خاصة، تستوجب لاستواء التصرف القانوني الذي تأتيه صحيحاً منتجاً لآثاره كلها، توافر الأركان والشرائط المخصوص بها كل منهما. وكان مفهوم النظام العام بأوضاعه المتباينة، إنما يرد حداً على الإرادة وهي بصدد تصرف قانوني ما، فمن ثم ـ والحال هذه ـ يغدو واضحاً تطلب مفهوم النظام العام، حتى ينفعل مقيداً الإرادة، أن تكون كاملة الأركان مستوفاة الشروط، أي صالحة لإتيان التصرف القانوني منتجاً لآثاره كافة، فيتعين مفهوم النظام العام عندئذ، حاداً لسلطانها في إتيان ذلك التصرف. وعلى ذلك فإذا لم تكن هذه الإرادة مكتملة فإن ما يصم التصرف الذي تأتيه هذه الإرادة الناقصة من بطلان يعُد كافياً في عدم إنتاج التصرف لآثاره المرجوة، ومن ثم فلا تثور الحاجة ابتداءً إلى فكرة النظام العام وقيودها، التي هي فقط لأجل الحيلولة دون إتيان التصرف على نحو لا يتفق والصالح الجماعي الكلي أو مصلحة الدولة العليا. لذا فالبطلان الشكلي الذي يلحق التصرف ابتداء، نتيجة ما يكون قد وصم الإرادة التي أنشأته من عوار، يكفي النظام القانوني القائم مؤونة اللجوء إلى فكرة النظام العام لإسباغ البطلان على مثل هذه التصرفات. ففكرة النظام العام، هي بالأساس وبحكم النشأة تهدف إلى حماية أصول الدولة وكليات الجماعة صوناً للصالح العام من تصرفات الأفراد أو الهيئات، عامة أو خاصة، التي تنطوي على انتهاك لأي من هذه الأسس والكليات أو مساس بالصالح العام، حيث يتم استخدام هذه الفكرة لأجل إبطال مثل تلك التصرفات وإهدار آثارها.
فإن وجد ثمة ما يحول ابتداء دون استواء التصرف المنتهك لأي من القيم أو المصالح المذكورة صحيحاً منتجاً لآثاره فلا يغدو ثمة احتياج إلى فكرة النظام العام التي هي خط دفاع أخير في مواجهة التصرفات القانونية الصحيحة شكلاً وإجراءً والمخالفة موضوعاً. مما يغدو معه العيب الذي يصيبها شكلياً أو إجرائياً، كافياً لإعدامها، دون أن يثور الاحتياج إلى تحريك مفهوم النظام العام.

خلاصة:

٨٩ ـ عند هذا الحد، سنتوقف هنيهة عن حديث الإرادة مؤقتاً، لنعود إليه ثانية بعد العرض لمفهوم التصرف القانوني بالفرع التالي. بيد أن ثمة من الملاحظات ما يتعين بسطها، لنكون قد وفينا البحث حتى هذا المطلب حقه.

أولاها: أنه ببلوغ هذا القدر من البحث يكاد الأمر ينجلي، عن كون فكرة النظام العام بالأساس أداة حمائية للنظام القانوني والاجتماعي القائم، أكثر من كونها ضابطاً معيارياً لتصنيف الأحكام[١]. ففكرة النظام العام هي أحد خطوط دفاع النظام القانوني

(١) كما هو حادث في فقه القانون الخاص، حيث فكرة النظام العام هي فقط ضابط التميز بين القواعد الآمرة والمكملة.

عن نفسه أو الجماعة عن ذاتها من تصرفات الإرادة القانونيةعامة أو خاصةالتي تأتي مستوفية الأوضاع الشكلية والإجرائية اللازمة لإنتاج آثارها رغم مناقضتها الموضوعية لأسس هذا النظام وأصوله أو لأسس الجماعة ذاتها وكلياتها، الأمر الذي لم يكن معه من إنتاج هذه التصرفات لآثارها، رغم ما بها من عوار موضوعي، مما يعرّض كيان النظام القانوني أو الجماعة بأكمله للاضطراب والاهتزاز. فتأتي فكرة النظام العام، حادة من غلواء سلطان الإرادة في هذا الخصوص. فتوجه لتلك الإرادة إنذاراً مسبقاً بوجوب مراعاة أسس النظام القانوني القائم وكليات الجماعة السائدة، فيما تشرع فيه من تصرفات قانونية، لكون تلك الأسس والكليات والأصول هي الشروط الموضوعية الباطنية التي يتعين مراعاتها بالنسبة للتصرفات كافة حتى تستوي صحيحة. وهذه هي الوظيفة الوقائية للفكرة، حيث تقوم بإبطال تصرفات هذه الإرادة إذا تجاوزت أياً من الأسس والكليات المذكورة، بإهدر كل قيمة لهذه التصرفات بتعطيل قدراتها على إنتاج الآثار القانونية المترتبة عليها، وهذه هي الوظيفة العلاجية للفكرة. وعليه ففكرة النظام العام، هي لصالح كيان الجماعة وأصول النظام القانوني للدولة، ضد صور التصرفات القانونية الصحيحة شكلاً وإجراءً.

١/٨٩ ـ غير أن هذا لا ينفي عن فكرة النظام العام، أي مقدرة على القيام بدور تصنيفي على مستوى الأحكام القانونية، إذ أنها إبان اضطلاعها بوظيفتها الوقائية في تحذير الإرادة الخاصة بعدم مخالفة أسس النظام القانوني وكليات الجماعة تكشف عن قواعد قانونية تعد في مرتبة سامية بالنسبة إلى باقي القواعد القانونية الأخرى؛ وذلك منظوراً إليها من زاوية المصالح التي تحميها هذه القواعد. غير أن ما أردنا التنويه عنه، هو أن هذا الدور التصنيفي لا يمثل الوظيفة الأساسية لها، وإنما هو دور تابع يستظهر بمناسبة اضطلاعها بوظيفتها الأساس. ومن ثم فلا تضحى هذه الفكرة صالحة لأن تكون معياراً ضابطاً لتمييز الأحكام والقواعد القانونية، لكون بنائها المفهومي يتأسس على توجه آخر خلاف قصد التمييز بين قواعد القانون وأحكامه، إذ يتأصل هذا البناء على هدف حماية النظام القانوني وكيان الجماعة من تعديات سلطان الإرادة على أصولها وكلياتها. فصلاحيتها في التصنيف إنما هو بالقدر اللازم لاضطلاعها بدور تحديد الإرادة وهي بصدد إتيان تصرف فيه انتهاك أو خرق لأي من الأصول والكليات المذكورة.

٩٠ ـ أما الملحوظة الثانية، فهي أنه، بالابتناء على ما تقدم، يضحى منطقياً القول بأن من المتصور وجود قواعد قانونية، تكون على درجة من الأهمية تسمو بها على باقي القواعد القانونية الأخرى، ورغم ذلك لا يمكن اعتبارها من قواعد النظام العام لكونها ليست إفصاحاً عن أصول النظام القانوني للدولة أو كليات الجماعة، فضلاً عن أنها لا

تحمي مصالح عليا للدولة أو كلية الجماعة، إنما مرد مظهر الأهمية الذي تسمو به: إلى أمور أخرى كصياغة القاعدة على نحو آمرٍ ناهٍ، أو صياغتها على نحو يفهم منه ما أولاه المشرع لها من رعاية وعناية خاصة. وذلك كالنصوص القانونية الخاصة بالتسعير الجبري التي تحدد أسعاراً معينة للسلع المختلفة وترتب جزاء عقابياً من جراء مخالفتها. والنصوص القانونية التي تقرر قواعد محددة لأسعار صرف العملات المختلفة. فهذه القواعد آمرة ناهية لا يجوز لإرادات الأفراد مخالفتها، غير أنه ومع ذلك لا يتبين منها أنها تعبر عن أي أصل قانوني أو كل جمعي، فهي لا تعدو أن تكون قواعد تفصيلية تحدد أسعاراً معينة للسلع أو لصرف العملة في وقت معين، مما يجعلها دوماً عرضة للتعديل والتغيير بل والحذف كلية حسب تطورات الظروف والأحوال.

١/٩٠ ـ ولا محاجة في هذا الخصوص، بكون تلك القواعد سنَّت لحماية مصالح اقتصادية عليا للدولة، ما يستلزم معه اعتبارها من النظام العام، فهذا القول مردود بأنه يتعين علينا التميز في هذا الصدد بين نوعين من القواعد، الأولى تلك القواعد الأساسية التي تقرر من حيث المبدأ حقاً لولي الأمر في تعيين أسعار محددة للسلع المختلفة أو تقرير أسعار الصرف النقدي، والثانية تلك القواعد التي تتولى من الوجهة الفرعية تفصيل هذه العمليات فتتضمن الأسعار ذاتها، أي تلك القواعد الفرعية التفصيلية التي تتولى تعيين أحكام التسعير الجبري أو سعر صرف النقد الرسمي، وذلك في وقت معين وفق ظروف معينة وأحوال محددة، وهي تلك التي تتعرض للتغير والتبدل بصفة دائمة حسب تطور الظروف والحال المحيطين. وحيث يمكن اعتبار المجموعة الأولى من القواعد، قواعد نظام عام لا يجوز الاتفاق على خلافها بوصفها من أسس النظام الاقتصادي للدولة، لا يمكن اعتبار مجموعة القواعد الأخرى من النظام العام. ذلك أن الأمر جلي في التمايز ما بين القواعد الأساسية التي يتقرر بها أصل شرعة سلطة ما أو اختصاص ما على نحو معين، بحيث يصير من ولاية الشخص الطبيعي أو المعنوي ـ خاصاً كان أم عاماً ـ أهلية القيام بعمل معين أو إتيان تصرف ما. وبين القواعد الفرعية التي تمارس بها هذه السلطة فتقوم بتفصيلها وتقرير جزئياتها على نحو ما تنضبط به القاعدة الأساس عند انفعالها بأطر المشروعية المقررة. فالمحاكم القضائية مثلاً ليس بمستطاعها أن تنفي عن ولي الأمر سلطانه الأساسي في شأن أهلية تعيين قواعد قانونية للتسعير الجبري، أو أن تنفي عنه ولاية التدخل النقدي في تحديد سعر صرف ثابت للعملات النقدية، ما دام ذاك غير مناقض لأي من أسس النظام الاقتصادي الذي تقوم عليه الدولة. كما ليس بمكنة أي من سلطات الدولة عقد اتفاق مع الغير بمقتضاه تتعهد تجاهه بعدم سريان أي من الأحكام الخاصة بالتسعير الجبري عليه أو تقرر له حقاً في تجاهل أسعار الصرف النقدي المعتمدة رسمياً، بما يفيد تنازلها عن ولايتها العامة المعينة بهذا الخصوص، إذ

لو وقع هذا نكون بصدد انتهاك لأصل من الأصول الأساس التي ينبني عليها الكل الاقتصادي العام. بينما يختلف الأمر في شأن المجموعة الأخرى من القواعد، التي لا تعدو كونها مجرد تحديد سعر معين لسلعة من السلع أو تعيين سعر صرف نقدي على وجه التحديد للعملة الوطنية، فذاك التحديد الرقمي في ذاته ليس بعاكس لأصل من الأصول أو الكليات التي تصون وعلى نحو مباشر مصالح أعلى، إنما هي محض قواعد تفصيلية فرعية، تضع أحكاماً رقمية تفصيلية، قابلة للتغير والتبدل بصفة دائمة ومتقلبة حسب الظرف اللحظي الذي سُنَّت لمواجهته. ومن ثم وبانتفاء الطابع الكلي الأعلى عن هذه القواعد التطبيقية، ذاك الطابع الذي على هداه تعتبر القاعدة من النظام العام أو لا تعتبر كذلك، فليس ثمة مسوغ لاعتبارها قواعد نظام عام، خاصة أن الدور الذي تقوم به فكرة النظام العام في هذا الشأن، ممثلاً في إهدار التصرف القانوني المخالف، متحقق دون حاجة للجوء إليها، فهذه القواعد بما تتضمنه من عناصر تكليف جازمة في طلب الأمر والنهي، تؤدي إلى بطلان أي تصرف يخالف مقتضاها، أي أنه ليس ثمة احتياج عملي لفكرة النظام العام في خصوص هذه المجموعة من القواعد، لأن النتيجة المرجوة متوصل إليها من وجهة أخرى.

٩١ ـ النظام العام حد على سلطان الإرادة: الأمر الذي نستخلص منه أن فكرة النظام العام إنما هي بالأساس حد على الإرادة وهي بصدد إتيان تصرف قانوني مما يجب معه انعقاد الإرادة مكتملة الأركان صحيحة الشروط. وسيان كون الإرادة بعد ذلك، إرادة شخص طبيعي أو شخص اعتباري، وإذا كانت إرادة شخص اعتباري فيستوي أن يكون عاماً أو خاصاً. فما من إرادة إلا وتخضع حسب هذا المنطق للانضغاط بأطر مفهوم النظام العام. شريطة أن تكون الإرادة على نحو متكامل لا يعتريها أي من عوارضها التي تنجرح بها قدراتها على الإدراك والتمييز. حيث تتعين الوظيفة الأساس لفكرة النظام العام، في إبطال التصرفات التي تستوي صحيحة الشروط والأركان، شكلاً وإجراء، حال كونها من الوجهة الموضوعية تكون منطوية مضموناً على ما يناقض أياً من أصول وكليات الدولة أو الجماعة، بما قد يتعذر معه إبطال هذه التصرفات، باستوائها الصحيح شكلاً وإجراء، في ظل من شرعية وضعية هي بالأساس شرعية إجرائية. حيث تتعين عندئذ فكرة النظام العام، بوصفها الأداة القانونية المناسبة التي تمكن من إبطال مثل تلك التصرفات لكونها أداة قانونية لمراقبة الجوانب الموضوعية في التصرفات القانونية. غير أنه ومع هذه الوظيفة الأساس، تتعين لمفهوم النظام العام وظيفة أخرى، تتمثل في دوره التصنيفي للقواعد القانونية ما بين قواعد أساسية تعكس بنحو مباشر أصول وكليات وأسس الدولة أو الجماعة، وقواعد فرعية جزئية تفصّل إجمال القواعد الأساس، مقررة التنظيم القانوني الملائم لانفعال تلك القواعد الأساس.

المطلب الرابع

التصرف القانوني نطاق فكرة النظام العام

٩٢ ـ تمهيد: تعد مرحلة نطاق فكرة النظام العام، درة مراحل بحثنا الماثل، ونحن إزاء طرح رؤيتنا لمفهوم هذه الفكرة. فبعد أن كنا قد شرعنا في البحث استناداً إلى مفهوم معين لماهية الفكرة ـ خاصة ما ورد بالباب الأول ـ وهو المفهوم الغالب لدى الفقه المعاصر، من حيث النظام العام مجموع الأسس التي ينبني عليها كيان الدولة أو الجماعة، أخذت دفة البحث اتجاهاً مغايراً، لنبلغ مرحلة استوى فيها مفهوم النظام العام باعتباره وضع تكليف اقتضائي يمثل حداً على الإرادة وهي بصدد التصرف القانوني حماية لأسس الدولة وصيانة لكليات الجماعة. ليستقر بنا المقام ـ من الناحية المنهجية ـ على كون أفضل مقاربات هذا المفهوم، هي زاويته الوظيفية، أي تحديده من خلال أدائه الوظيفي، لا بعده الغائي وحسب، كما درج الفقه التقليدي على حصره تعريفاً، في صيانة أسس الدولة وحماية مصالحها العليا. وبذلك تتجلى أهمية التصرف القانوني بالنسبة لفكرة النظام العام، كونه نطاق فكرة النظام العام، ومجالها الحركي حيث تنشط فيه. فطالما كانت فكرة النظام العام حداً على الإرادة، فإن التصرف القانوني يغدو إطار عمل هذه الفكرة، باعتباره ساحة النشاط الوحيدة للإرادة المنتجة لآثارها القانونية المقصودة والمعتبرة قانوناً.

٩٣ ـ التحول الفقهي في شأن مصادر الالتزام: وبيان ذلك أن فقه القانون الخاص الحديث[١]، عمد غالبه إلى هجر التقسيم التقليدي الخمسي لمصادر الالتزام، وذلك لأسباب متعددة ليس هذا مقام طرحها[٢]، ليتبنى تقسيماً جديداً، يتأصل على رد مصادر الالتزام جميعها، إما إلى الواقعة القانونية أو التصرف القانوني.

١/٩٣ ـ الواقعة القانونية: فأما الواقعة القانونية بمعناها الضيق فهي الواقعة المادية التي يرتب القانون عليها أثراً ما[٣]، فهي إما حدث طبَيعي ينتج عن فعل الطبيعة، كهبوب العواصف وانفجار البراكين ودوران الأرض، جميعها لا دخل لإرادة الإنسان

---

(١) وقد تبعه فيما بعد بعض من الفقه في القانون العام

(٢) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ـ التصرف القانوني والواقعة القانونية ـ دروس لقسم الدكتوراه ـ دبلوم القانون الخاص ـ سنة ١٩٥٣، ١٩٥٤ ـ مطبعة البرلمان أول محمد علي ـ ص٢٠ وما بعدها.

(٣) المرجع السابق ـ ص٣، ص٤.

فيها، وإما حدث اختياري تكون إرادة الإنسان مقتصرة على إحداث الواقعة من حيث جانبها المادي دون أن تتجه البتة إلى الآثار القانونية المترتبة عليها، كإتلاف شخص شيئاً مملوك للغير مما يلزمه بتعويض ما أتلف، وكما إذا تسبب في قتل شخص عمداً أو عن غير عمد فيترتب عقاب جنائي. ففي مثل تلك الأحوال إرادة الشخص متوافرة لكنها تتجه فقط صوب الحدث المادي لا الآثار القانونية المنبنية عليها والتي قد لا يريدها الشخص[1]، فمن البدهي انه لا يريد الالتزام بالتعويض المترتب على إتلافه أشياء الغير، ولا يريد أن يتحمل عقوبة القتل الخطأ أو العمد، رغم اتجاه إرادته إلى الأفعال المادية المرتبة لهذه الآثار القانونية[2].

٢/٩٣ ـ التصرف القانوني: وأما التصرف القانوني فهو اتجاه الإرادة إلى إحداث آثار قانونية معنية[3]، فهو تعبير إرادي عن النية يرتب عليه القانون الآثار التي يرى أنها لازمة لتحقيق هذه النية على خير وجه في صورة قانونية[4]. وعليه فهو تعبير دلالة على الحدوث الخارجي للواقعة، وهو إرادي لاستحالة هذه الواقعة من محض عمل مادي إلى عمل قانوني حيث نتائجه القانونية محل اعتبار دائم لدى القانون، وأما النية فدليل على استحالة هذا العمل القانوني إلى تصرف قانوني يرتب آثاراً قانونية معينة[5]. وهكذا فإن مقصود الإرادة في حال التصرف القانوني غير قاصر على محض الحدث المادي وإنما يتجاوزه إلى ما ترتبه الواقعة القانونية من نتائج وآثار قانونية. فالشخص يأتي التصرف القانوني مريداً ما يترتب عليه من التزامات كما يريد ما يرتبه له من حقوق. مثال ذلك العقد فهو تصرف قانوني يقوم على تطابق إرادتين ـ والبعض يذهب إلى أنه تصرفان قانونيان متقابلان ـ ينشئ حقوقاً شخصية وقد يكسب حقوقاً عينية[6]، فيه يعنى كل طرف إرادة ما يرتبه هذا الاتفاق من التزامات تثقل كاهله كما يعنى ما يرتبه له من حقوق. ومثاله أيضاً أحوال الالتزام بالإرادة المنفردة كما في الوعد بجائزة والوصية، فهما تصرفان قانونيان يقومان على الإرادة المنفردة التي تتجه صوب الآثار المترتبة عليهما، وهما في الغالب التزامات تقوم على عاتق الملتزم في كل منهما، كالوفاء

---

(١) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني الحديث ـ نظرية الالتزام بوجه عام ـ مصادر الالتزام ـ ١٩٥٣ ـ دار نشر الجماعات المصرية ـ ص١٣٠، ١٣١ ـ وانظر أيضاً: د/ عبد الحي حجازي ـ النظرية العامة للالتزام ـ مصادر الالتزام الجزء الثاني ـ طبعة ١٩٥٤ ـ مطبعة نهضة مصر ـ ص٨، ص١١ وما بعدها.

(٢) من أمثلة الواقعة القانونية الاختيارية: الوفاء، الفضالة، الاستيلاء، التوثيق.

(٣) د/ عبد الرزاق السنهوري ـ التصرف القانوني والواقعة القانونية ـ المرجع السابق ـ ص٣.

(٤) د/ عبد الحي حجازي ـ النظرية العامة للالتزام ـ المرجع السابق ـ ص١٦.

(٥) د/ عبد الحي حجازي ـ النظرية العامة للالتزام ـ ذات المرجع ـ ص١٥.

(٦) د/ السنهوري ـ التصرف القانوني والواقعة القانونية ـ المرجع السابق ـ ص٣.

والإبراء أيضا[1].

٩٤ ـ التصرف القانوني وفكرة النظام العام: ومما تقدم، يتبين أن التصرف القانوني هو حقل النشاط الإرادي، الأمر الذي يفسر كونه جوهر فكرة النظام العام. إذ في غير مجال التصرفات القانونية لا يكون ثمة مقتض لإعمال هذه الفكرة. فالواقعة المادية، حدث الطبيعة، لا يتصور عقلاً أو منطقاً، أن ثمة من يدعي خرقها للنظام العام، فحسبها ابتداء أنها ليست من صنع الإنسان حتى تخرج عن مجال عمل النظام العام، وإن رتبت آثاراً قانونية. وأما الواقعة القانونية، التي هي نتاج فعل الإنسان، فمن غير المستطاع التوصل إلى أي علاقة بينها وبين فكرة النظام العام، على الرغم من أن لإرادة الإنسان دور إحداث الواقعة من الناحية المادية، وذلك أن الإرادة في هذه الحال ليست متجهة إلى إحداث الآثار القانونية المترتبة على الحدث المادي، وإنما تقتصر فقط على حدود هذا الحدث ـ الفعل المادي ـ فتتوقف عند حد إرادته هو وحسب. فإن كان النظام العام بحكم ما تواضعنا عليه يُقوّم أساساً من الآثار القانونية التي تتجه الإرادة إلى إحداثها، عند تناقضها مع أسس النظام القانوني للدولة وأصوله أو تنافرها مع كليات الجماعة السائدة، فتعمل فكرة النظام العام على إهدار هذه الإرادة وشل قدرتها عن إتيان تلك الآثار القانونية المتسمة بعدم المشروعية. فإن الواقعة القانونية الاختيارية التي هي من فعل الإنسان، ليس فيها إرادة إحداث الآثار القانونية نحو ما أبدينا، فمن ثم ليس من سبيل لتصور انفعال فكرة النظام العام في خصوصها.

١/٩٤ ـ آثار الواقعة القانونية لا تترتب على الإرادة بل بقوة القانون: فالمشاهد أن الآثار القانونية المترتبة على الواقعة القانونية الاختيارية، أي آثار الأفعال المادية التي هي من فعل الإرادة الإنسانية، إنما مردها إلى القانون، بحكم إنشاء الفعل المادي لها. فالشخص صاحب الإرادة لا يدور بخلده وهو بصدد إتيان ذلك الفعل المادي سوى إتيانه هو وحسب، أي إحداثه في جانبه المادي فقط، دون أي اكتراث للآثار التي يرتبها القانون على هذا الحدث من إنشاء لمراكز قانونية جديدة أو تعديل في أخرى قائمة. ومن ثم تضحى هذه الآثار نتاجاً لهذا الفعل المادي بمقتضى قوة القانون، ويغدو كل مركز قانوني جديد يتم إنشاؤه، أو كل تعديل يطرأ على مركز قائم إثر حصول مثل هذه الوقائع، نتاجاً مباشراً لهذه الأفعال بقوة القانون لا الإرادة الفردية لذا فهي نتائج تترتب بقوة القانون وإن أفصح الشخص جهاراً عن عدم إرادته إياها بل وإن حرص على عدم ترتبها. الأمر الذي يزداد وضوحاً إن قارناه بأوضاع التصرفات القانونية، إذ الفعل المادي في حال التصرف القانوني لا يكون مقصوداً بذاته قدر ما يكون المقصود منه

---

(١) د/ السنهوري ـ التصرف القانوني والواقعة القانونية ـ ذات المرجع ـ ص٣.

الآثار القانونية التي ينتجها، أي أن الفعل المادي بحال التعريفات القانونية إنما هو مجرد تعبير عن إرادة ملزمة تقصد على نحو غائي إحداث الآثار القانونية المترتبة عليه المرجوة في ذاتها. مما يضحى معه الفعل المادي في حال التصرف القانوني محض وسيلة للتعبير عن إرادة آثار قانونية معينة. وعليه، فإزاء الانفصال بين إرادة الحدث المادي والنتائج القانونية المترتبة عليه في أحوال الوقائع القانونية الاختيارية، يظهر سبب انزواء هذه الوقائع بعيداً عن نطاق عمل فكرة النظام العام، التي هي معنية فقط بأوضاع الآثـار القانونية الإرادية التي تتجه الإرادة صوبها مباشرة. الأمر الذي لا يتحقق إلا في شأن التصرفات القانونية، حيث الإرادة غائية وحيث الآثار القانونية مبتغاة في ذاتها ولذاتها.

* * * * *

٩٥ ـ دفع اعتراض: وعليه، وإزاء ما خلصنا إليه بهذا الخصوص، من كون التصرفات القانونية هي نطاق عمل فكرة النظام العام. فقد نواجه اعتراضاً هاماً، محصلته عدم إمكان التسليم بما تقدم إلا في خصوص قواعد القانون الخاص، والعلاقات التي تنشأ في ظله باعتبار أن القانون العام لم يعرف التصرف القانوني، وليس ثمة تصرفات قانونية في فهم أي من القانون الإداري أو الدستوري مما يقصر صلاحية قالة «انحصار مفهوم فكرة النظام العام في التصرفات القانونية وحسب»، في مجال علاقات القانون الخاص. وهذا ما سوف نحاول أن نوليه عناية خاصة، لإجلاء عدم صحة الاعتراض، بحسبان معرفة فروع القانون الأخرى ـ كالإداري والدستوري ـ لتصور التصرف القانوني، من حيث تحقق عناصره في كثير من العلاقات القانونية التي تنشأ في نطاقها. وإن كنا نؤثر أن نستهل عملنا هنا، بنقطة منهجية هي مدى إمكان سحب تصورات القانون الخاص إلى نطاق عمل القانون العام، أي مدى صلاحية نظم ومفاهيم القانون الخاص للعمل في ظل أوضاع القانون العام.

٩٥/١ ـ انتقال مفاهيم القانون الخاص إلى القانون العام: الحق أنه بفحص عمر القانون العام، تظهر حداثة نشأته وذلك مقارنة بعمر القانون الخاص وفروعه. فالأخير لم يعرف تقنيناً كاملاً يضم كافة جوانبه إلا بعد مرور أكثر من ألف عام على نشأته في روما، وهو ما لم يتحقق إلا بسن مجموعة نابليون سنة ١٨٠٤. أما القانون العام، فهو قانون الدولة المعاصرة الذي نشأ في كنفها وتأصلت وظائفها على هدى مفاهيمه، فلا يكاد عمره يجاوز تاريخ نشأة هذه الدولة أي لا يمتد لأكثر من قرنين ـ وذلك بأفضل تقدير ـ الأمر الذي يلاحظ معه عدم اكتمال أسسه وعدم اكتمال منظومته المفاهيمية. وباعتباره علماً معرفياً يلاحظ أيضاً عدم استقلاله عن كثير من العلوم المعرفية الأخرى التي لا يزال حائراً بينها. فالقانون الدستوري ذو النشأة السياسية الأصيلة المضفىٰ عليها

بعداً فلسفياً حاكماً، نلحظه حائراً بين ضرورات السياسة وآمال الفلسفة، غير قادر على التخلص من المطالب السياسية والأحلام الفلسفية. وكذا القانون الإداري قانون السلطة، ما زال حائراً بين سلطان الإدارة وضرورات الأمن الاجتماعي والسياسي من جانب وبين اعتبارات الفكر الفردي بما توفره من ضمانات كافية للحقوق والحريات، تلك التي ابتنت عليها أسس الدولة المعاصرة وكليات الجماعات الحديثة من جانب آخر[١].

٢/٩٥ ـ الأمر الذي يعكسه عدم سن تقنين إداري مستقر إلى الآن، بل ويتعذر إيجاد مثل هذا التقنين لمبادئ وأفكار ما فتئت في طور التكون والتطور. لذا لم يكن مستغرباً أن يُلجأ دوماً إلى القانون المدني لاستلهام الحلول التي يستفاد بها في نطاق القانون العام، بعد بلورتها على النحو الذي يتفق وخصوصيات طبائع القانون العام والعلاقات التي تنشأ في كنفه، حيث يستهدى بأسس ومفاهيم الأول، في مجال تأصيل أفكار وأصول الآخر. وعليه لا يكون من الناحية المنهجية ثمة ما يحول دون اقتباس أحد مفاهيم أو أفكار القانون المدني والاستعانة بها في ساحات القانون العام، الأمر الذي تم على هداه الاستعانة بفكرة التصرف القانوني في نطاق العلاقات التي تحكمها نصوص القانون العام وأحكامه. فالفقيه ديجي يذهب إلى أنه لما كان التصرف القانوني هو عمل إرادي يحدث أثراً قانونياً، فمن المتصور اعتبار اللوائح التنظيمية تصرفات قانونية، فيما أطلق عليها مسمى «التصرفات المنظمة»، حيث يتعين أثرها المترتب في تعديل القواعد القانونية القائمة، إما إتياناً بقاعدة قانونية جديدة أو حذفاً لأخرى قديمة أو تعديلاً لقاعدة قائمة، بل إنه اعتبر القوانين المنظمة للجمعيات والشركات «تصرفات منظمة» أيضاً[٢]. على حين لا يتوقف الفقيه جيز عند حد اعتبار القرارات الإدارية تصرفات قانونية وحسب، وإنما يتعدى ذلك إلى اعتبار التشريعات والأحكام القضائية أيضاً تصرفات قانونية[٣].

٣/٩٥ ـ وعليه فإذا كان التصرف القانوني هو إرادة تتجه لإحداث أثر قانوني، حيث يتألف من عناصر الإرادة والمحل والسبب ـ ويزيد البعض شرط الشكل أيضاً[٤] ـ، بوصفها عناصره الأساسية، فيما عبر عنه الفقيه بونار «Bonnard» بكون التصرف القانوني إرادة يحركها الباعث تتعلق بمحل معين لتحقيق غاية معنية[٥]. إذا كان ذلك كذلك، فإن هذه العناصر بهذا الفهم، تنطبق على قطاع عريض من نشاط الدولة الخاضع للقانون العام. فللدولة، مشخص الجماعة، إرادة تتمثل في ولاية إنفاذ القول على الغير، يتم

---

(١) د/ أحمد يسري ـ تحول التصرف القانوني ـ طبعة ١٩٥٨ ـ مطبعة الرسالة ـ ص٢٣٩.

(٢) د/ السنهوري ـ التصرف القانوني والواقعة القانونية ـ المرجع السابق ـ ص٤٧.

(٣) د/ السنهوري ـ ذات المرجع ـ ص٥٦.

(٤) ذات المرجع ـ ص١٠٣، ص١٠٥. (٥) ذات المرجع ـ ص٥٩.

التعبير عنها إما بالتشريع أو بعمل الإدارة[1]. وإرادة الدولة التي تأخذ شكل التشريع، هي إرادة ذات ولاية كاملة تستهدف آثارا قانونية، تتمثل في إنشاء قواعد قانونية أو تعديل أخرى قائمة أو حذفها، وهو ما يعني إنشاء أو تعديل أو حذف مراكز قانونية مجردة، وهذه دون ريب آثار قانونية ـ بمراعاة الطبيعة الخاصة للقانون العام والآثار القانونية التي يحكمها. وكذلك إرادة الدولة التي تأخذ شكل القرار الإداري الفردي، فهي تتجه صوب إحداث آثار قانونية سواء بإنشاء علاقات قانونية جديدة أو تعديلها أو إلغائها، والقرار الإداري بهذه الكيفية «لا يفترق في طبيعته الفنية عن التصرف في القانون الخاص، فكلاهما تعبير عن إرادة تتجه مباشرة إلى إحداث أثر معين في عالم القانون، أما الفارق الجوهري بينهما فهو في اختلاف الشخص الذي تصدر منه الإرادة، فهو في الحالة الأولى الدولة أو فروعها المزودة بالسلطة العامة والتي تملك الإجبار والتنفيذ المباشر. وفي الحالة الثانية الفرد العادي»[2]. ومن جانب آخر، فليس ثمة خلاف جوهري حول مفهوم التصرف القانوني، يرتب تبايناً جذرياً بين كل من القرار الإداري الفردي والتشريع (أو اللائحة)، إذ كلاهما تعبير عن إرادة الدولة الملزمة ذات ولاية إنفاذ القول على الغير، التي تتجه إلى إحداث آثار قانونية، وموطن الافتراق بينهما يكمن في اختلاف طبيعة الآثار المترتبة على كل منهما، فالآثار المترتبة على التشريع هي قواعد عامة مجردة تسري على المجموع أو على فئة غير محدودة، وآثار القرار الإداري فردية تتوجه إلى شخص معين أو أشخاص معينين بذواتهم[3].

٤/٩٥ ـ مما سلف يتبين، أن الدولة بمؤسساتها وفروعها ذات الولاية العامة، تكون كالفرد العادي[4]، وهي بصدد الاضطلاع بالمهام الموكولة إليها، فتأتي تصرفات قانونية ترتب آثاراً قانونية على مستوى العلاقات بينها وبين الأفراد وبينهم بعضهم وبعض، مع اختلاف في طبيعة هذه التصرفات والآثار المطبوعة بطابع القانون العام عن تلك التصرفات القانونية الفردية في عالم علاقات القانون الخاص. ومرد ذلك إلى الاختلاف في طبيعة الشخص القائم بالتصرف وقوة نفاذ إرادته، وفي طبيعة المجال الذي يتخذ فيه التصرف القانوني. وسوف نحاول العرض إلى أكثر التصرفات القانونية ـ التي تقوم بها الدولة بمؤسساتها وفروعها ذات السلطان العام ـ شيوعاً وذلك في عجالة لاستظهار طبيعة كل تصرف من هذه التصرفات.

---

(١) د/ أحمد يسري ـ تحول التصرف القانوني ـ المرجع السابق ـ ص٢٤٦.

(٢) ذات المرجع السابق ـ ص٢٤٩، ص٢٥٠. (٣) ذات المرجع ـ ص٢٥٠.

(٤) والحقيقة أن الدولة في هذه الحال أكثر قرباً إلى الولي أو الوصي أو القيم على شؤون المشمول بولايته أو وصايته أو قوامته، أكثر قرباً من الفرد العادي الذي يأتي من التصرفات القانونية ما يرتب أثاراً تعود عليه مباشرة.

٩٦ ـ تنوع سلطات الدولة: فالدولة المعاصرة بحكم الأصل مقسمة إلى ثلاث سلطات، أولها يناط بها ولاية التشريع، وثانيها ولاية التنفيذ والإدارة، أما الثالثة فولاية القضاء والفصل في الأنزعة. لكل سلطة من هذه السلطات حدود ولائية في إنفاذ قولها على الغير، أي إرادة محددة بأطر الاختصاص الموكول به إليها، ليضحى عمل كل منها في إطار اختصاصه، بمثابة التصرف القانوني. وتفصيل ذلك:

١/٩٦ ـ السلطة التشريعية تصدر عنها تصرفات قانونية: إن السلطة التشريعية تختص ابتداء بالعملية التشريعية أي بمهمة صناعة القانون. فتصدر تشريعات تتضمن قواعد قانونية عامة ومجردة، تسري على المجموع أو على غير معين بذاته، فتخلق مراكز قانونية مجردة، وتحدد صفات وعناصر شغل هذه المراكز، حتى إن من يتوافر فيه صفات مركز قانوني معين وتتحقق له شروط شغله، تنطبق عليه القاعدة القانونية المنشئة لهذا المركز القانوني، ومن ثم يتهيأ الشخص فيه شاغلاً إياه. ومن خلال هذه العملية، يمكننا تلمس عناصر التصرف القانوني: إذ ثمة إرادة حقيقية كاملة، تتمثل في ولاية السلطة التشريعية في مجال التشريع، بوصفها مشخص الجماعة في شؤون التشريع، وهي ذات ولاية متفرعة عن ولاية الدولة العامة، وبحكم هذه الولاية يضحى لدى هذه السلطة سلطان إنفاذ قولها على الغير، والأخير إما أن يكون الأفراد أو الجماعة أو مؤسسات الدولة الأخرى. ومن جانب آخر ثمة محل يتمثل في القاعدة القانونية العامة التي تنشئها هذه الإرادة والمراكز القانونية المتخلفة عنها التي هي الآثار القانونية الناتجة عن تلك الإرادة. وأخيراً من جانب ثالث، ثمة سبب يتمثل في عناصر الصالح العام المستهدف صونها وحمايتها من وراء هذه القاعدة تحديداً. وهى جميعها عناصر مفهوم التصرف القانوني على نحو ما عُرف في مجال علاقات القانون الخاص، من حيث كونها إرادة تتجه إلى إحداث آثار قانونية معينة. ومن ثم فعمل السلطة التشريعية في هذا الخصوص، يعد تصرفاً قانونياً، وإن كان ذا طبيعة مغايرة لتلك الخاصة بالتصرفات القانونية الفردية. فنظراً لاختلاف الشخص صاحب إرادة التصرف في الحالين، تنعقد الآثار القانونية المترتبة على التصرف في كل من الحالين، متباينة بدورها؛ إذ بالتصرفات الفردية يأتي الشخص التصرف بحسبانه أصيلاً عن نفسه أو صاحب قوامة ـ أو وصاية أو نيابة ـ على آخر محددٍ بذاته، فتنتج الآثار القانونية المترتبة في خاصة نفس المتصرف أو خاصة من له القوامة عليه أو الوصاية عليه أو النيابة عنه، أي إنها نتائج قانونية فردية الأثر متعينة في خاصة شخص أو أشخاص محددين بذواتهم. خلافاً للعملية التشريعية، التي هي تصرفات قانونية يأتيها شخص عام ذو ولاية على الجماعة بأسرها ـ جميع أفراد المجتمع ـ بما له من سلطان إنفاذ إرادته عليهم جميعاً، وذلك في خصوص الوظيفة التشريعية وحدها، فيرتب آثاراً قانونية عامة ومجردة، أي يرتب نتائج عامة تتمثل في

إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية مجردة، لا تتعين إلا بتحقق أوصافها وشرائطها، ومن تتحقق في شخصه أوصاف وشرائط مركز قانوني معين يصير شاغلاً له مباشرة. وعليه فالآثار القانونية المتولدة عن التصرف القانوني للسلطة التشريعية تكون آثاراً قائمة متحيزة تحيزاً مجرداً غير متعينة ابتداءً، وإن كانت قابلة للتعين في أي وقت تتحقق فيه الشرائط والأوصاف المقررة. الأمر الذي يكون معه هذا الاختلاف في طبيعة عناصر العمل القانوني التشريعي عن عناصر التصرف القانوني الفردي، غير نافٍ عن الأول وصف التصرف القانوني، ذاك الوصف الذي لا يتحقق على هدى طبيعة الشخص صاحب الإرادة ولا على أصل من نوعية الآثار القانونية المترتبة، وإنما يتوقف منهجا على وجود إرادة حقيقية صحيحة مكتملة، تكون متجهة صوب ترتيب آثار قانونية محددة، أي إن التصرف القانوني لا يلزم لتوافره سوى عناصر معينة، هي **الإرادة** بغض النظر عن الشكل الذي تظهر فيه، **والمحل** بغض النظر عن الشكل الذي تتبلور فيه الآثار القانونية المترتبة، **والسبب** بغض النظر عن طبيعته، سبباً خاصاً أو عاماً متعلقاً بمصلحة خاصة أو مصلحة عامة. الأمر الذي يمكننا معه التسليم ـ باطمئنان ـ إلى أن اضطلاع السلطة التشريعية بمهمة التشريع الموكول بها إليها، إنما هو من قبيل إتيان تصرف قانوني.

٩٦/٢ ـ السلطة التنفيذية: وعن السلطة التنفيذية المجسدة في الجهة الإدارية، فهي الموكل إليها القيام بتنفيذ السياسة العامة للدولة وإدارة مرافقها ومصالحها العامة، عن طريق ضمان حسن سيرها بانتظام واضطراد. فالإدارة تستخدم في سبيل الاضطلاع بهذه الوظيفة أحد أسلوبين: أولهما أسلوب التعاقد، إذ تعمد الإدارة إلى إبرام عقود قد تكون إدارية تلجأ فيها إلى السلطات الاستثنائية غير المألوفة في التعاقدات الفردية، أو عقود عادية تظهر فيها الإدارة كفرد عادي لا تتمتع في مواجهة الطرف الآخر بأي سلطات استثنائية غير عادية، كتلك التي يبرمها الأفراد فيما بينهم. وهذا الأسلوب، الإداري منه أو العادي، هو دون ريب تصرف قانوني، وذلك باعتبار تماثل عناصره مع عناصر التصرفات القانونية الفردية التي تزخر بها العلاقات القانونية الناشئة في نطاق القانون الخاص، على السواء من حيث الطبيعة ومن حيث الآثار المترتبة، ومن ثم فهو في غير حاجة لمزيد من الإيضاح. أما الأسلوب الآخر الذي قد تسلكه الإدارة، فهو سبيل القرار الإداري الفردي، الذي هو إفصاح جهة الإدارة، في الشكل الذي يحدده القانون، عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، بقصد إحداث آثار قانونية معينة أو تعديلها أو إلغائها، ابتغاء المصلحة العامة. ومن هذا يتبين كون القرار الإداري الفردي تصرفاً قانونياً، فثمة إرادة تتمثل في ولاية جهة الإدارة على الأفراد في شأن المسألة التي يصدر بصددها القرار، إذ ما دامت الجهة الإدارية قد أصدرت قرارها

في أمر يدخل صميم اختصاصها الموكول إليها دستوراً أو قانوناً، وما دامت أصدرته في الشكل وبالإجراءات المقررة قانوناً، غدا تعبيرها عن إرادتها الولائية بهذا المقام صحيحاً كاملاً. كما أن ثمة محل يتمثل في المراكز القانونية الجديدة التي تتولد من جراء هذا القرار أو التعديل الذي يدخله القرار في مراكز قانونية قائمة فعلاً بتعديل بعض عناصرها أو إلغائها كلية، مما يضحى معه محل القرار الإداري هو ذلك المركز القانوني الفردي المتولد عنه أو ذلك التعديل الحاصل في مركز قائم فعلاً. وأخيراً ثمة سبب يتمثل في شقين، أحدهما عام وهو الصالح العام الذي يتعين أن يكون بغية كل عمل من أعمال الإدارة العامة، والآخر خاص يتمثل في الهدف المخصوص المراد تحقيقه بهذا القرار تحديداً حسب قاعدة تخصيص الأهداف. الأمر الذي يضحى واضحاً معه أن القرار الإداري الفردي هو تصرف قانوني يتم في مجال العلاقات القانونية التي يحكمها القانون العام، بوصفه تعبيراً عن إرادة ولائية صحيحة وكاملة تتجه مباشرة صوب إحداث آثار قانونية معينة. وهو ما يستظهر منه تماثله مع التصرف القانوني الصادر عن السلطة التشريعية، وموضع افتراقهما يكمن في الآثار المترتبة على كل منهما؛ فالأثر المترتب عن تصرف الإدارة القانوني هو إنشاء مركز قانوني فردى معين يحدد بذاته شخص من يشغله، والأثر المترتب على تصرف المشرع القانوني هو إنشاء مركز قانوني مجرد غير معين، متحيز بأوصاف وعناصر شغله وحدها، حيث يتعين لكل من تتوافر فيه هذه الشروط والعناصر[1].

٩٧ ـ تأثيرات بعض نظريات القانون الخاص في القانون العام: ولعل خير ما يدعم نظرتنا في مسألة تعميم تصور التصرف القانوني على الأعمال القانونية المحكومة بأفكار القانون العام، أي سحب هذا التصور من نطاق القانون الخاص وفروعه إلى نطاق العلاقات داخل أطر القانون العام، هو ذاك التطور العظيم الذي طرأ على نظرية التعسف في استعمال الحق. فهذه النظرية نشأت بالأساس في كنف القانون المدني، للحد من سلطان الإرادة الفردية في التصرف فيما تملكه من حق، حماية لصالح الجماعة، حتى لا تتغول الإرادة متطرفة في استعمالها لحقها بما يسبب ضرراً للغير أو المجموع. فكانت النظرية ترمي إلى إبطال كل تصرف ينطوي على شبهة تعسف في هذا الشأن. ومع ازدهار القانون العام وفروعه واتساع سلطات الإدارة في مواجهة الأفراد وزيادة مجالات تدخلاتها في العلاقات الفردية، لم يكن ثمة بد من الاستعانة بهذه النظرية، حيث انتقلت إلى القانون العام بمسمى «التعسف في استعمال السلطة» أو «الانحراف في استعمال السلطة». وكانت بقصد أساسي، هو الحيلولة دون انحراف

(١) وثمة من أعمال الإدارة القانونية ما يتماثل أيضاً وتصرفات المشرع القانونية في الآثار، من حيث العمومية والتجريد، ذاك ما يطلق عليه القرارات اللائحية أو التنظيمية.

الإدارة بسلطتها عن الأهداف المخصوصة المعينة لها أو الهدف الكلي المقرر من وراء القصد وهو المصلحة العامة.

١/٩٧ ـ كما أنه ومن جانب آخر ثمة تطور أكثر حداثة من سابقه وأكثر دقة في أهميته، إذ يتحدث الفقه الدستوري عن نظرية، وإن ما زالت بعد وليدة، اصطلح عليها باسم «الانحراف التشريعي»، أي انحراف السلطة التشريعية في أثناء اضطلاعها بوظيفتها التشريعية بإصدار تشريعات تجاوز أحكام الدستور من الناحية الموضوعية، أو تخالف صريح نصوصه من الناحية الشكلية والإجرائية، أو تتنكر لأهدافه وذلك من ناحية المقصد والسبب أي الغاية المستهدفة من وراء التشريع[١]. لذلك ابتدعت هذه النظرية لإبطال هذه التشريعات التي تضمر انحرافاً من قبل المشرع وهي النظرية التي ازدهرت، شيئاً ما، في أروقة القضاء الدستوري الذي لجأ إليها كثيراً لإبطال العديد من التشريعات، وإن كان دون الإشارة إليها صراحة.

٢/٩٧ ـ وبذلك نخلص إلى أن الاستعانة بأي من أفكار القانون الخاص لإعمالها في نطاق العلاقات القانونية المحكومة بقواعد القانون العام، أمر لا شائبة فيه، وبالتالي استقدام تصور التصرف القانوني إلى ساحة علاقات القانون العام، ليس ثمة ما ينال منه من الناحية المنهجية، خاصة ما إذا نظر لفوائده الجمة بحله للكثير من المشكلات التي باتت تعترض منظومة هذه العلاقات، ومنها ـ مما يتصل بهذا البحث ـ كيفية انفعال مفهوم فكرة النظام العام بوسط علاقات القانون العام، إذ كيف يمكن تفسير حركة هذا المفهوم في نطاق مجالات القانون العام، حال كونه حداً يمثل قيداً على الإرادة وهي بصدد عمل قانوني صوناً لصالح الدولة الأعلى أو حماية لمصالح الجماعة الكلية دون إسباغ صفة التصرف القانوني على الأعمال القانونية التي تتم في نطاق نظم القانون العام، ما دامت توافرت لها عناصر التصرف القانوني وتحققت فيها أسسه التصورية.

٩٨ ـ **الحكم القضائي والتصرف القانوني**: غير أن ثمة تساؤل يثور بهذا الخصوص، ذاك أنه إذا كان النشاط التشريعي للسلطة التشريعية وكذا قطاع عريض من الأعمال القانونية للسلطة التنفيذية ـ القرارات الإدارية الفردية واللائحية ـ يعُد من قبيل التصرفات القانونية، فما حكم نشاط السلطة القضائية وهي بصدد الاضطلاع بالمهام الموكولة إليها، أي هل يعتبر فصل القضاء فيما يعُرض عليه من أنزعة من قبيل التصرفات

---

(١) د/ عبد الرزاق السنهوري ـ مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية ـ مقالات وأبحاث الأستاذ الدكتور السنهوري ـ مجلة القانون والاقتصاد ـ عدد خاص ـ جامعة القاهرة ـ كلية الحقوق ـ طبعة ١٩٩٢ ـ مطبعة جامعة القاهرة. وانظر أيضاً: د/ ماهر أبو العينين ـ «الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته» ـ طبعة ١٩٨٧ ـ دار النهضة العربية ـ ص١٦٨ وما بعدها.

القانونية، ومن ثم تكون أحكام المحاكم القضائية تصرفات قانونية هي الأخرى، أم إنها تخرج عن هذا التصنيف المعتمد[١]. البادئ بالمطالعة الفقهية والقضائية، اتجاه الغالبية إلى أن الأحكام الموضوعية الفاصلة في المنازعات لا يمكن اعتبارها من التصرفات القانونية، وهو اتجاه يجد سنده ابتداءً بالسائد فقهاً وقضاءً؛ من كون الأحكام القضائية، كاشفة عن الحق لا منشئة له، بحسبانها لا تستحدث جديداً ولا تنشئ مراكز أو أوضاعاً لم يكن لها وجود من قبل، وإنما هي تكشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضاء، فترده إلى صحيح وضعه الأصلي الذي لازمه منذ صدوره[٢]، فالأحكام القضائية إنما تقوم ببيان الحق وبيان صاحبه دون أن تعمد إلى إنشاء جديد في أي منهما، ومن ثم فهي مقررة للحق لا منشئة له[٣]. ومن جانب آخر، فإن المحاكم وهي بهذه المثابة، لا تكون في حقيقها تعبيراً عن إرادة الدولة، بل هي منفذة لهذه الإرادة كاشفة عن كنهها؛ بدراسة أحوال الوقائع الفردية المعروضة من منظور تلك الإرادة المقررة من قبل إما بموجب نص تشريعي أو لائحي وإما بمقتضى قرار فردى. الأمر الذي تضحى معه المحاكم غير أهل لإنشاء أو إبداع الجديد فمهمتها تقتصر على الكشف عن قائم لإجلاؤه في ضوء صحيح مقتضيات إرادة الدولة المعبر عنها من قبل[٤]. وعليه إن كان التصرف القانوني وبحكم التعريف هو إرادة تتجه صوب إنشاء آثار قانونية جديدة، فإن أحكام المحاكم من خلال ذلك الفهم هي أبعد ما تكون عن التصرفات القانونية، إذ ينتفي عنها مفهوم الإرادة ذات الأهلية المستقلة، كما ينتفي عن آثارها وصف الإنشاء الجديد.

٩٩ ـ نقد الرأي السائد: بيد أن إنعام النظر في الوظيفة القضائية وفي الدور الذي تضطلع به المحاكم وهي بصدد فض الأنزعة المعروضة أمامها وفي الآثار المترتبة على أحكامها قد يفضي إلى نتائج تباين تلك التي انتهى إليها الرأي الأول. فرغم أن الفقه يكاد يجمع على نفي أي سلطان للقضاء في سن القاعدة القانونية العامة المجردة، باعتبار المشرع وحده صاحب هذا السلطان، إعمالاً لقاعدة الفصل بين السلطات التي ليس بمكنة المحاكم القضائية خرق قدسيتها باستحداث قاعدة قانونية جديدة[٥]. إلا أن

---

(١) ونحن هنا نتحدث عن الأحكام القضائية من منظور كلي، دون الدخول في التعريفات الجزئية للأحكام القضائية والفروق بينهما، ولذا سوف نقصر عرضنا الموجز على تلك الأحكام الموضوعية الفاصلة قطعياً في أصل النزاع.

(٢) المحكمة الدستورية العليا ـ دعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية دستورية ـ جلسة ١٩/٥/١٩٩٠.

(٣) محكمة النقض ـ طعن رقم ٣٢ لسنة ٤٥ قضائية ـ جلسة ٢٤/١١/١٩٧٦م ـ مجموعة أحكام النقض ـ المكتب الفني ـ سنة٢٧ ـ ص١٦٤٩.

(٤) د/ أحمد يسري ـ تحول التصرف القانوني ـ المرجع السابق ـ ص٢٤٦.

(٥) قال بهذا كل من الفقهاء: جيني، فالين، كارين دوالبرج. انظر: د/ محمد محسوب عبد المجيد=

ثمة اتجاهاً فقهياً حديثاً ينطلق من حقيقة أن كل معرفة إنشائية إنما تنطوي على وجهين، الأول وجه المبادئ وهو الذي يكافئه موضوعياً في علم القانون «القانون الصافي»، والثاني وجه التطبيقات ويكافئه موضوعياً في علم القانون «الفن القانوني». أما القانون الصافي فهو القانون المثالي الذي يميز بين الصحيح وغير الصحيح، دونما اعتبار لزمان أو مكان، ومن ثم فهو القواعد القانونية العامة المجردة التي هي من صنع السلطة المختصة بالعملية التشريعية. وأما الفن القانوني فهو التطبيق لحل مشكل محدد يتعلق بصالح خاص في زمن معين ومكان معين ويتسم بالآنية والتجريبية ويعتمد على تفسير التشريع وشرح المتون للإفضاء بإجابات عن تساؤلات معقدة تتعلق بالحياة العملية. هذا الفن القانوني وإن كان يمثل جزءً كبيراً من عمل المشرع فهو يمثل كل عمل القضاء[١]. إذ أن ثمة فارقاً بين القاعدة المكتوبة قبل التطبيق، وذاتها بعد التطبيق، بل إن ثمة فارقاً بين تطبيقها على حال معين وتطبيقها على حال آخر، مهما بلغ قدر التشابه بين الحالين، لذا يذهب الفقيهان Marty et Raynaud إلى أن تطبيق قاعدة قانونية معينة من شأنه أن يحيلها من قاعدة عامة ومجردة إلى قاعدة قانونية فردية[٢]. وهنا يتجلى دور القضاء، فكل حكم يصدر عنه في نزاع قائم إنما هو إنشاء لقاعدة قانونية فردية، ذاك أن القاضي لا يتوقف عند مجرد البحث عن القانون والنطق به، إنما يقوم بعملية وسطى تتمثل في الانتقال بهذه القاعدة القانونية من حال العمومية إلى الفردية، من التجريد إلى المحسوس، وهي العملية التي تعتمد على تشريح الواقعة الماثلة وتحليل مكوناتها الأساسية مع تحليل القاعدة القانونية الأكثر قرباً لهذه الواقعة من حيث انطواؤها على النموذج الأقرب شبهاً للواقعة. فيكون القاضي، بأدائه لهذه الوظيفة، قد قام بتحريك مفهوم القاعدة القانونية العامة المجردة، تحريكاً فردياً ليصير مطابقاً مع مفهوم واقعة النزاع الماثلة، مما يظهر معه تصور جديد لمفهوم القاعدة القانونية، هو ما أسماه الفقيهان Marty et Raynaud «القاعدة الفردية»، الأمر الذي يتجلى معه الدور الإنشائي للقاضي باستحداثه لقاعدة فردية تقتصر قيمتها القانونية وحسب على حدود الواقعة الماثلة[٣]. وانطلاقاً من هذا الفهم يرى الدكتور/ وجدي راغب فهمي أن حجية الأمر المقضي الذي يحوزه الحكم، و«مركز قانوني إجرائي يرتبه قانون المرافعات على الحكم القضائي. فالقاعدة أن الحكم القضائي لا يحدث تغيراً في الحقوق أو المراكز

= ـ قانون التجارة الدولي ـ بحث تأصيلي في النظام القانوني للتجارة الدولية ـ دار النهضة العربية ـ طبعة ١٩٩٥ ـ ص٦٣٩ وما بعدها.

(١) د/ محمد محسوب عبد المجيد درويش ـ المرجع السابق ـ ص٦٤٢.

(٢) Marty et Raynaud - Droit civil, T.I 2e ed, Paris Sirey, 1972, p.220.

(٣) د/ محمد محسوب عبد المجيد درويش ـ المرجع السابق ـ ص٦٤٥، ٦٤٦.

الموضوعية للخصوم إنما هو يكشف الحق الموجود من قبل. ولكنه ينشئ مركزاً إجرائياً جديداً بغرض حماية هذا الحق وتأكيده. وبعبارة أخرى فإن الحكم الذي يصدر في دعوى الملكية ويقرر الملكية للمدعي لا ينشئ حق الملكية، وإنما يكشف عن حق الملكية الذي قرره القانون للمدعي من قبل، ولكن يسبغ على هذه الملكية حماية إجرائية لم تكن له من قبل. إذ تصبح هذه الملكية بفضل حجية الأمر المقضى محصنة. إذ تكون بمنأى عن المنازعة أو البحث أمام القضاء في أي إجراءات جديدة. وهذا وضع أو مركز إجرائي جديد يتمتع به المالك نتيجة الحكم القضائي بملكيته»[1]. والمقصود بالمركز القانوني الإجرائي الذي يمثله كسب الحكم القضائي لحجية الأمر المقضى، «تقييد الخصوم بالرأي القضائي في الدعوى، ويبدو دوره في أي إجراءات جديدة يثار فيها الموضوع الذي سبق الفصل فيه»[2].

١/٩٩ ـ من هذه الرؤية الحديثة للوظيفة القضائية، يمكننا استظهار عدد من العناصر، قد تؤدى بنا في نهاية المطاف إلى اعتبار الأحكام القضائية الفاصلة في الخصومات من أوضاع التصرفات القانونية. فالقاضي بقيامه بابتداع القاعدة الفردية على النحو سالف البيان، إنما يكون صاحب إرادة، وبمعنى أدق يكون معبراً عن إرادة الدولة في فض المنازعات، وهي إرادة تتمتع بقدر من الاستقلال عن إرادة المشرع، فهي ليست ترديداً تطبيقياً لإرادة الأخير، وإنما هي تنطلق من حدود إرادة المشرع مع قدر من التصرف بما يتوافق مع أوضاع الوقائع اللامتناهية، ليكون في كل تطبيق لذات القاعدة القانونية إنتاج جديد لقاعدة فردية تنحصر قيمتها القانونية في إطار الواقعة المطبقة عليها. وجماع ذلك ليس بالإمكان النظر إليه إلا من حيث هو إرادة مستقلة عن إرادة المشرع، وإن كانت إرادة منضبطة بأطر فوقية وهي الحدود النصية التي تقررها إرادة المشرع، هذا من جانب. ومن جانب آخر فإن الحكم القضائي، مع التسليم الكامل بصفته الكاشفة عن وجه الحق في ذاته الموضوعية، إنما يأتى جديداً، وذلك على المستوى الإجرائي للحق، فهو بحسمه للنزاع القائم يقضى على كل وجه لقول أو احتمال يناقض حق صاحب الحق فيه، فيسفر عن وجه الحق ويمنحه قوة تنفيذية لم تكن له من قبل فضلاً عن إطالة أمد سقوط هذا الحق على نحو لم يكن يتمتع به قبل. كل ذلك ليس سوى إنشاء جديد لمركز إجرائي جديد استحدثه الحكم القضائي. بل إن ثمة جانب ثالث، يعين فيه القاضي جديداً ألا وهو حسمه لحقائق وقائع المنازعة، فكل منازعة مهما كانت درجة بساطتها، تتداخل وقائعها على نحو يلتبس فيه وجه الحقيقة وتتشابه عناصره بما

---

(١) د/ وجدي راغب فهمي ـ مبادئ القانون المدني ـ الطبعة الأولى ـ ١٩٨٦، ١٩٨٧ ـ دار الفكر العربي ـ ص٤٨.

(٢) د/ وجدي راغب ـ المرجع السابق ـ ص٤٨.

يجعل النزاع قائماً حولها بين الخصوم، وهنا يأتي القاضي ليحقق وقائع الدعوى على النحو الذي يحررها مما يشوبها، فينقي الأدلة من الشوائب ويجلو المتشابهات ويحسم أحد جوانب تلك الحقيقة المجلوة على الوجه الذي لا يسمح باللبس بعد. وإذا كان دور القاضي هنا كاشفاً في الأساس، فإن انتقاله بالحقائق من المشكوك فيه إلى المظنون الراجح، إنما يُعد دوراً إنشائياً، ومن ثم نكون بصدد إرادة تتمتع بوجه من الاستقلال في مواجهة إرادات سلطات الدولة الأخرى، إرادة تتجه صوب إحداث آثار قانونية جديدة ذات طبيعة خاصة؛ تتمثل فيما تنشئه من مراكز إجرائية جديدة تتهيأ فيها الحقوق التي تكشف عنها أحكام القضاء، مراكز لم تكن هذه الحقوق تتمتع بها قبل، الأمر الذي يحدو بنا إلى شجاعة القول بأن ثمة تصرفات قانونية تنطوي عليها الأحكام القضائية الموضوعية الفاصلة في الخصومات.

* * * *

١٠٠ ـ **الشخصية القانونية للدولة من مفاهيم القانون الخاص**: وعليه فإن منح الدولة شخصية قانونية مستقلة، واعتبارها شخصاً اعتبارياً في محيط العلاقات القانونية الداخلية، إنما هو من قبيل انتقال أحد المفاهيم القانونية للفرد الطبيعي من نطاق القانون الخاص إلى ساحة القانون العام. مما يضحى معه منطقياً إمكان نقل العديد من المفاهيم القانونية الفردية الخاصة بالشخص الطبيعي إلى شخصية الدولة الاعتبارية العامة مع التعديل والتطوير اللازمين لتوائم هذه المفاهيم الطبيعية المتميزة لشخص الدولة الاعتباري العام، وذلك على هدي ما سبق وأوضحناه من كون الكثير من مفاهيم القانون العام إنما هي ذات أصل مستقى من القانون الخاص. فإذا كان من الضرورات اللصيقة بالشخصية القانونية الكاملة، قدرتها على كسب الحقوق وتحمل الالتزامات، وقدرتها على إتيان الأعمال القانونية التي ترتب هذه الحقوق والالتزامات، فضلاً عن تبلور أدوات قانونية لصياغة هذه الأعمال على النحو المرجو المحقق للمبتغى منها، وهي ضرورات لا محيص عنها في أي شخصية قانونية ـ طبيعة أو اعتبارية ـ. فمن ثم يقبل من حيث التصور الكلي، إمكان اعتماد معيار موحد لتصنيف الأعمال القانونية لكلا الشخصيتين القانونيتين ـ الفردية الطبيعية والاعتبارية العامة ـ، وهو معيار التصرف القانوني والواقعة القانونية، باعتباره أفضل المعايير عند الحديث عن مجال عمل مفهوم فكرة النظام العام.

١/١٠٠ ـ بيد أنه ومع ما تقدم، لم يكن ثمة مناص من تطوير التصور القانوني ذاته لفكرة التصرف القانوني عند إعمالها في مجال نشاط الدولة وأعمالها القانونية، حتى يستوي هذا التصور موافقاً ابتداء لطبيعة الشخص القانوني الذي يأتيه ـ الدولة ـ، وذاك في ضوء تعدد أجهزة هذا الشخص، واستئثار كل جهاز بشق من نشاط ذلك الشخص

الاعتباري دون غيره من باقي الأجهزة، أي تمتع كل جهاز بأهلية ولائية في إطار النشاط المختص به وهي المسماة بالولاية الفرعية للجهاز المنبثقة من الولاية العامة لشخص الدولة. فكان ما ارتأيناه سالفاً من تعدد صور التصرفات القانونية التي تأتيها الدولة بتعدد سلطات الدولة المختصة، كل حسب وظيفتها وحسب طبيعة الحقوق التي تتمتع بها والواجبات المنوطة بها، وأدوات العمل القانوني المبلورة خصيصاً لها على النحو المتفق وطبيعة نشاطها والأهداف المرجوة منها.

١٠١ ـ **تأصيل فكرة الشخصية القانونية للدولة**: ولكن ماذا عن الشخصية القانونية للدولة، هل منحت الدولة هذه الشخصية القانونية تحقيقاً لأهداف مخصوصة ترتبط بكيانها وبظروف هيمنة من يقومون عليها، أم أنها كانت بالأساس لأجل مصالح أعلى وأقدس من صالحها المخصوص؟ لعل باعث هذا التساؤل ما أفرزته تجربة الدولة الحديثة من تبلور لمصالح خصتها وحدها شديدة التميز عن مصالح الجماعة السياسية العامة، على تعدد انتماءاتها الفرعية، ومصالح الأفراد على تعددهم الشخصي، بل وغدت مصالح الدولة المخصوصة هذه، هي الأولى بالرعاية والعناية والمرجح عند التعارض مع غيرها.

١٠١/١ ـ غير أنه وإذا كان هذا هو الملاحظ على المستوى العملي التطبيقي، فثمة أصول نظرية تجافي هذا المشاهد، فالمشترك الكلي بين كافة النظريات التي تحدثت عن نشأة الدولة ـ على تعددها وتباينها ـ، يكاد يستقر على كون الدولة حدثاً يمثل قمة تطور السلطة التنظيمية داخل المجتمعات البشرية، فهذا الشكل التنظيمي للسلطة داخل المجتمع، ثبت أنه الأفضل من حيث الوفاء بحاجات الجماعة وتحقيق مصالحها والرنو صوب أهدافها المعنية. وعليه تكون الدولة وفق هذا التأصيل رهينة صالح الجماعة وأهدافها، ما يجعلها دوماً مؤطرة بالأطر الفلسفية والعقدية والمصلحية للجماعة، منضغطة داخلها، وأي خروج من جانبها عن هذه الحدود، يفقد عملها المتجاوز، أصل شرعته.

١٠١/٢ ـ هذا أصل نظري نتلمسه عند كل من تحدث عن نشأة الدولة وحدود شرعيتها. فهذا هيجل، وهو من أكثر المفكرين تقديراً لمكانة الدولة ودورها، يعتبر الدولة الجوهر الأخلاقي الذي وصل إلى الوعي بذاته، بحسبها شكل العاطفة الذي يسود داخل الأسرة، وأساس المجتمع الضام لجماع هذه الأسر، فلا يجد أي من الأسرة أو المجتمع معناه الحقيقي إلا في حضن الدولة التي هي المطلق والغاية الجوهرية[1]، ويعتبرها تاج وعي الشعب ـ الجماعة ـ المعبر عن الحرية في أسمى

(١) د/ عبد الرحمن بدوي ـ فلسفة القانون والسياسة عن هيجل ـ دار الشروق ـ الطبعة الأولى ـ ١٩٩٦ ـ ص١٥٩، ١٦٠، ١٦٥.

أشكالها، لينوط بها أصلاً عاماً في كفالة الحريات وتحقيق المصالح الفردية، فضلاً عن تلك المصالح الجمعية ذات القاسم المشترك عند أفراد الجماعة[١]. ومن ثم فقد حد هيجل دولته بإرادة شعبها ووعيه، تلك الإرادة التي تثقف نفسها وترسم هويتها[٢]، وذاك الوعي الذاتي الذي يبلور الأهداف الكلية[٣]، إلي الحد الذي ضغط فيه عمل الدولة داخل أطر المبادئ والقوانين المعروفة وذلك في صالح الأهداف الواعية وحسب[٤]. ومن ثم فالدولة عند هيجل، رغم إطلاقها وكونها غاية في ذاتها، محدودة بكليات وأصول الجماعة، إذ تتكون الدولة على نحو مباشر من الأعراف التي تعبر عن خصائص إرادة شعبها، وعلى نحو غير مباشر من وعي أفراد هذا الشعب ومعارفه الجمعية وأنشطته[٥]. لذا فليس غريباً اعترافه بحق الفرد في منازعة أي حكم قانوني وضعي يجده مناقضاً لضميره ووعيه[٦]. وهكذا يكون هيجل قد اعترف بأن ثمة من القواعد الكلية والمبادئ الأصلية، ما يمثل مرجعية للدولة وأصل شرعتها هي وأعمالها، لتضحى الشخصية القانونية الممنوحة لها رامية إلى تمكينها من تحقيق الأهداف المقرر لها الاضطلاع بها، فضلاً عن إشباع المبتغى المصلحي فردياً كان أم جمعياً.

١٠١/ ٣ ـ وعلى مستوى فكري آخر، ووفق أصل فلسفي مباين، نجد ديجي ينتهي إلى نتائج متشابهة بل وأشد تطرفاً في هذا الاتجاه، فهو من البداية يحسب أن ثمة قانوناً أعلى موجوداً من قبل نشأة الدولة ذاتها، تخضع له الدولة التي لا تملك حياله خرقاً أو تعديلاً. هذا القانون الأعلى يجد نبعه في الشعور الجمعي العام، المتوافق على أن ثمة قاعدة ما ضرورية للحفاظ على التضامن الاجتماعي للشعب وإنها هي الأقرب إلى الحق والعدل[٧]. ومن ثم فالدولة، من البداية إلي النهاية عند ديجي، مجموع من الأفراد «بعضهم حاكم وبعضهم محكوم، والحكام أفراد كغيرهم سواء بسواء ويشتركون في رباط التضامن الاجتماعي، إنما هم ملزمون ببعض الواجبات المستمدة من حالة كونهم حكاماً، فعليهم على الخصوص أن يعملوا، عن طريق التشريع، على تقرير القاعدة القانونية ـ القانون الأعلى ـ وعلى ضمان تطبيقها العملي بصياغة القواعد الفنية الخاصة بالبناء والشكل»[٨]،

---

(١) د/ عبد الرحمن بدوي ـ المرجع السابق ـ ص١٦١.

(٢) المرجع السابق ـ ص١٦٠.

(٣) المرجع السابق ـ ص١٦٠.

(٤) المرجع السابق ـ ص١٧٢.

(٥) المرجع السابق ـ ص١٦٠.

(٦) The Democratic and Authoritarian State - Tranz Neuman. - Free Press of Glencoc - Collier Macmillan limited, London - 1957 - P. 158.

(٧) ليون ديجي ـ التطورات العامة القانونية للقانون الخاص منذ مجموع نابليون ـ ترجمة ضياء الدين عارف ـ مكتبة نهضة الشرق بعابدين ـ طبعة ١٩٤٣ ـ مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ـ ص١٥ وما بعدها.

(٨) ذات المرجع ـ ص٣٥.

وعلى ذلك فما تتمتع به الدولة من شخصية قانونية وما تؤهلها هذه الشخصية له من مكنات وسلطات، إنما هو لصالح واقعة التضامن الاجتماعي وعلى النحو المحقق للعدل. أي أن هذه الشخصية القانونية إنما تنضبط أهليتها في إطار أهداف حفظ التضامن الاجتماعي وتحقيق العدل، على النحو الذي يقرره القانون الأعلى.

١٠١/ ٤ ـ هذان نموذجان فكريان، في شأن التأصيل الفلسفي لنشأة الدولة وإطار عملها، آثرنا العرض لهما، كونهما يمثلان النقيضين من حيث المنهج والأساس والتصور، ورغم ذلك اتفقا على وجود حد أدنى لوضع الدولة، تنضغط إزاءه في أطر المبادئ والأسس التي يستقر وعي الجماعة وضميرها على كونها أصل كيانها، ليستوي معيار شرعية عملها على مرفأ الأهداف الكلية التي يبلورها الاحتياج الجمعي وفق أولوياته، تلك التي ما قامت الدولة أصلاً إلا لتحقيقها.

١٠٢ ـ **هل ثمة محددات لسلطة الدولة**: والحق، أن العرض للموقف من الشخصية القانونية للدولة، لم يكن من قبيل الاستدراج الفلسفي بعيد الصلة بنقطة البحث، وإنما كان لأجل إفساح المجال اجتهاداً في مسألة شديدة الحساسية تتطلب حذراً كبيراً عند علاجها، هذه المسألة تبدأ من فرض اعتبار الدولة كياناً ذا شخصية اعتبارية عامة، متعدد الأجهزة، يستأثر كل جهاز بشق ولائي من الأهلية العامة لهذه الشخصية القانونية، لتتحدد المسألة في مدى التزام هذه الدولة بما هو خارج عنها وسابق عليها، وما حدود هذا الالتزام ـ إن وجد ـ وأصل شرعيته. المسألة التي تزيد دقة عند ذكر وضع الدستور بالنسبة إلى سلطات الدولة وأجهزتها، فالدستور باعتباره جزءاً من الكيان الفكري الملموس للدولة، أو ـ إن شئت قلت ـ هو الانعكاس القانوني لأصول الدولة الفكرية، يكون بهذه المثابة جزء من ماهية هذه الدولة ويسري عليه ما يسري عليها، فهل يوجد ثمة ما هو أسمى وأعلى من هذا الدستور، بحيث تحتد به السلطة التأسيسية عند تولي مهمة وضع الدستور، ويحتد به الشعب عند التصويت على الوثيقة الدستورية، وكذا السلطة المؤسسة عند قيامها بتعديله؟ وبصيغة أخرى هل الدولة وسلطاتها ومؤسساتها كافة ملزمة في أعمالها بحدود مبادئ وأسس سامية، تمثل بالنسبة لها قيود المشروعية، تفوق حد الدستور إلى الدرجة التي تمثل فيها هذه المبادئ حداً على الدستور ذاته؟

١٠٢/ ١ ـ **الدستور حصيلة خبرة الجماعة**: يجدر بنا قبل التصدي لهذا الموضوع الشائك الإشارة إلى إننا نتحدث في منطقة «ما وراء القانون»، تلك المنطقة التي يكون من العسير إخضاع أفكارها للمنطق القانوني الدقيق، إذ يعتمل في ساحتها اعتبارات جلها خاص بالتكوين التاريخي والعقدي لجماعة الدولة وعناصره المختلفة التي تتقاطع عندها جميع عناصر الخبرة الإنسانية لهذه الجماعة، وهي التي تفرز في كل لحظة تاريخية معنية، نسقاً فكرياً، يمثل خلاصة الوضع الفلسفي والفكري والعقدي لهذه

الجماعة، منه المتغير ومنه الثابت. فإذا كان شكل الدولة وهياكلها المؤسسية وحدود علاقاتها بغيرها من الأشخاص القانونية ـ طبيعية فردية أو معنوية خاصة ـ فضلاً عن المنهج الحاكم لحركتها والضابط لأداء الجماعة داخلها على المستويات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، وفق التصور القانوني المعاصر، إنما يتحدد ابتداءً بوضع الدستور، الذي يعُد القاعدة الأساس للنظام داخل الدولة والذي بمقتضاه يتشكل النظام القانوني للدولة أجمع، على نحو ما تكون معه أحكام الدستور مناط شرعية العمل القانوني داخل الدولة، فإن كان ذلك كذلك، يضحى ما يسود النظام القانوني للدولة من مفاهيم وتصورات وأفكار تؤصل عليها أبنيته المعرفية، هو نتاج هذا الدستور، ومن ثم يكون عسيراً محاولة إخضاع مجموعة الأنشطة التي تسبق هذا الدستور، للنسق القانوني العام أو تخريج أي من هذه الأنشطة وفق تصورات ذاك النسق القانوني المسبق. الأمر الذي يجعلنا نتحرج من التسليم ابتداءً بصحة التساؤل المتعلق بما إذا كانت عملية صناعة الدستور ذاتها تعُد تصرفاً قانونياً أم لا. ذلك أن فكرة التصرف القانوني إنما هي أحد التصورات الداخلة في نسيج منظومة الدولة القانونية، حال كون عملية صناعة الدستور، هي عملية سابقة على ـ وبالتالي خارجة عن ـ هذه المنظومة الكلية. ومع ذلك سوف نحاول استعراض عناصر صناعة الدستور للنظر فيما إذا كانت تتشابه مع عناصر التصرف القانوني أم لا، حتى إذا ما وجدنا التشابه الكافي، سلمنا مع كثير من التجاوز بأن هذه العملية تقارب التصرف القانوني، هذا من جانب، ومن جانب آخر أرى ضرورة الإشارة إلى أن عملية صناعة الدستور وإن كانت تسبق منظومة النسق القانوني للدولة فإن هذا ليس معناه أنها تكون في حل من كل قيد أو حد، ومن ثم من كل أصل شرعة يمكن نسبة الدستور إليه. إذ أن عملية صناعة الدستور وإن كانت متحررة من ضوابط الشكل الإجرائي ـ خاصة تلك التي تكون في أعقاب الثورات أو القلاقل شديدة ـ فإنها تخضع لضوابط موضوعية شديدة التعقيد، ألا وهي الأصول والكليات المبدئية التي تحسبها الجماعة ضرورات لها حيث لا غنى عنها للبقاء. فما من أحد ـ سواء الجمعية التأسيسية أو هيئة الناخبين ـ يستطيع أن يتجاوز تلك المبادئ والأفكار التي يتأصل عليها الوجدان الجمعي ويعتنقها العقل الجمعي، والتي هي منتهى خبرة وجودها الحياتي المعاش. وإلا لفقدت الجماعة عناصر تميزها بين الجماعات، واغتربت عن هويتها الذاتية، وبذلك يصير الدستور وثيقة قهر على الجماعة بما يعرضه من أصول تتباين مع الأصول الشخصية للجماعة، وتصبح الدولة وليدة هذا الدستور أجنبية عن الجماعة كونها تتأصل على أسس تختلف عن تلك التي تتأصل عليها الجماعة ذاتها.

١٠٢/٢ ـ طريقة صناعة الدستور تؤثر في تكييفه القانوني: عن النقطة الأولى في هذه الجزئية، الخاصة بما إذا كان يوجد ثمة شبه بين عناصر عملية صناعة الدستور

وعناصر مفهوم التصرف القانوني أم لا، فإن الإجابة تتطلب لزاماً العرض لأساليب صنع الدساتير المختلفة حسب المعروف في الفقه الدستوري. وأول هذه الأساليب «طريق المنحة»، حيث الدستور مجرد منحة من الملك ـ الحاكم ـ إلى شعبه ـ الجماعة المحكومة ـ، وهو أسلوب يتأصل على افتراض تمركز الحقوق في شخص الملك، ليقوم هو بالنزول عن بعضها إلى شعبه، أي إنه بإرادته المنفردة يقوم بمنح أفراد الجماعة بعضاً مما كان يحوزه من حقوقه(١). والسبيل الآخر هو أسلوب صدور الدستور عن «الجمعية التأسيسية» المنتخبة من قبل أفراد الجماعة، ويتأصل هذا الأسلوب على افتراض تملك الجماعة لجميع الحقوق والسلطات، حيث تنيب بعض أفرادها في القيام بمهمة تنظيم هذه السلطات والحقوق على النحو المشبع لطموحها والموفي لمصالحها(٢). وقد يأخذ هذا السبيل شكلاً مختلفاً بعض الشيء، تكون فيه الجمعية التأسيسية إما معيّنة من قبل جهة ما وإما مفوضة من قبل الشعب، حيث يتم عرض عملها بعد انتهائه على أفراد الجماعة للموافقة عليه دستور لها أو رفضه، وهو المعروف «بالاستفتاء الشعبي»، وهو أسلوب يختلف في كنهه عن أسلوب الجمعية التأسيسية المنتخبة(٣). أما السبيل الثالث فهو أسلوب التعاقد، إذ يظهر الدستور في شكل عقد، يمثل أفراد الجماعة والسلطة الحاكمة طرفاه(٤)، حيث يتفقان فيه على تنظيم ممارسة الحقوق وتحمل الواجبات وتوزيع السلطات على المؤسسات المختلفة داخل الدولة. والحاصل أنه في كل تلك الأساليب المختلفة يظهر عنصر الإرادة جلياً، ففي الحالة الأولى وهي طريق المنحة، فثمة إرادة منفردة تقوم بصنع الدستور، وفي الحالة الثالثة وهي أسلوب العقد، فثمة إرادتان تتفقان على تصور معين يظهر فيه الدستور في شكل العقد. أما في الحالة الثانية وهي أسلوب الجمعية التأسيسية أو الاستفتاء الشعبي، فثمة كيان إرادة الجماعة، حيث يظهر الدستور إما نتاجاً مباشراً لهذه الإرادة الجمعية المتبلورة في كيان الجمعية التأسيسية، وإما نتاجاً مباشراً للإرادة الجمعية الداعمة للإرادة المتشخصة في هيئة كيان من وضع مشروع الوثيقة الدستورية. الأمر الذي تتحصل خلاصته، في وجود إرادة ذات أهلية وولائية، تتولى وضع الدستور أي صنعه بحيث تصبح الوثيقة الدستورية ذاتها المكافئ الموضوعي للآثار القانونية الجديدة في حالة

---

(١) د/ السيد صبري ـ مبادئ القانون الدستوري ـ الطبعة الرابعة ـ ١٩٤٩ ـ الناشر/ مكتبة عبد الله وهبه ـ ص٢٢٠.

(٢) المرجع السابق ـ ص٢٢٠.

(٣) د/ مصطفى أبو زيد فهمي ـ النظرية العامة للدولة ـ الطبعة الخامسة ـ ١٩٩٧ ـ دار المطبوعات الجامعية ـ ص١٦٧.

(٤) د/ السيد صبري ـ المرجع السابق ـ ص٢٢٠.

التصرفات القانونية بالتصور المعروف في النظام القانوني الوضعي، وذلك باعتبار أن ما ينشؤه الدستور من أوضاع مستحدثة يمكن بقدر من التجاوز تسميتها بالبنى التحتية لما يتعين أن يسود المجتمع والدولة من مراكز قانونية، حيث تمثل هذه البنى أصول المشروعية لكل ما يتم من أعمال. مما يتبين معه أن ثمة تشابه في التكوين والعناصر، بين عملية إصدار الدستور والتصرف القانوني، وهذا مع كثير من التجاوز، وفق التحفظات التي سلف إيجازها.

٣/١٠٢ ـ هل في الدولة الحديثة أحكام فوق الدستور: وهنا ننتقل إلى النقطة الأخرى، وهي الخاصة بما إذا كان يوجد ثمة ما يحد عملية صنع الدستور، ومن ثم يفوق من الناحية الموضوعية كل ما يرد في هذا الدستور من أحكام وما ينشؤه من أوضاع ونظم؟ وهي نقطة قبل أن نصلها بكل ما أسلفناه، يتعين أن نحدد بداية موضع هذه الأسس الفوقية من كل من الجماعة والدستور والدولة بكل أنظمتها. ذلك أن الثابت أن بكل المجتمعات ثمة جماعة تمثل المكون البشرى داخل المجتمع، وثمة سلطة سياسية تمارس سيادة الحكم على أفراد الجماعة. وظهر لنا ـ فيما سلف ـ كيف أن المجتمعات الأوروبية كافة، قد تعرضت لعدد من المراحل التاريخية، كان لكل منها أنساقها المعرفية وأصولها الكلية فضلاً عن منظومات مصالحها الخاصة وجماع هذا كله يمثل «البنية التحتية للمجتمع»، تلك التي انفرزت منها سائر الأنظمة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية بل والفكرية التي سادت هذه المجتمعات، كل حسب تجربته المخصوصة الكامنة في بنيته التحتية. وهذه البنى التحتية، إنما هي نتاج ظروف ومتطلبات المرحلة التاريخية المعاشة في تفاعلها مع أصول المعتنق العقدي والفلسفي للجماعة، كما ظهر في كل مرحلة. لذا كان لمرحلة العصر الإمبراطوري الروماني سماته الكلية المغايرة لتلك التي خصت العصر الكنسي الإمبراطوري ثم العصر الكنسي الإقطاعي، إلى أن جاء العصر البورجوازي الرأسمالي، الذي ما زال فارضاً أسسه وأصوله إلى اليوم. والأخير مرحلة تاريخية تأصلت على مفاهيم فكرية مقدسة، أتى على قمتها مفهوم «الحرية» بالتصور المطلق في كافة مجالات المعارف والأنشطة الإنسانية. فالحرية أساس التنظيم الاقتصادي، وهى أساس العلاقات الاجتماعية، وهى الركن الركين في الأنظمة السياسية[1]، على النحو الذي نخلص معه إلى كون الحرية بهذا الفهم، مستبطنة في النسيج الداخلي للوجدان الجمعي لمجتمعات العصر البورجوازي في أوروبا، مما يعني كونها تشكل بهذه الكيفية أحد أسس البنية التحتية لهذه المجتمعات. أمر آخر ينجلي في هذا الخصوص، وهو مفهوم «السيادة الشعبية» حيث لا سيد على

(١) د/ مصطفى أبو زيد فهمي ـ المرجع السابق ـ ص١١٨ وما بعدها.

الجماعة، وحيث هي سيدة نفسها ومصدر السلطات كافة داخل المجتمع، وحيث منها يستقي الحكم سلطان شرعته، ما غدا له انعكاسه المباشر على العلاقات الاجتماعية والسياسية[١] على نحو باتت معه مستويات هذه العلاقات تتأصل على هدى هذا المفهوم دون منازع. ومن المبادئ العليا المتوطنة ببنية المجتمعات البورجوازية التحتية، مفهوم المساواة[٢] بين جميع الأفراد داخل الجماعة، ذاك المفهوم الذي إليه ينسب عديد من الأفكار القانونية السائدة في المنظومات القانونية المعاصرة، كتعيين صياغة التشريع على نحو عام ومجرد حتى لا يكون من شأن القانون التمييز بين الأفراد دون مميز، وكذا عدم رجعية النصوص القانونية وعدم المساس بما اكتسب من حقوق، وكذا من المبادئ العليا التي تعد بنى تحتية للمجتمعات البورجوازية احترام حقوق الأفراد وخاصة حق الملكية ذلك الحق الذي تأصل عليه النظام المجتمعي بأكمله وتشكلت العلاقات الاقتصادية حسب فهمه، فالتملك هو من حقائق الحياة التي لا تستند إلى قانون في أصل شرعتها بل القانون هو الذي يأتي عليه ليوفر له الحماية، وفي هذا يقول الفقيه Roscoe Pound:

"Natural Possession is a conception of pure fact in no degree dependent upon law. The legally significant thing is the interest of the natural possession in his personality, Possession or juristic Possession is a conception of fact and law, existing as a pure relation of fact, independent of legal origin but protected and maintained by law without regard to interference with personality"[٣].

١٠٢/ ٤ ـ تلك بعض أصول وكليات المجتمعات البورجوازية ـ في أوروبا المعاصرة ـ التي تتشكل منها بناها التحتية. والحق أن الناظر في الفقه القانوني المعاصر، يجده مولياً اهتماماً بالغاً لمثل هذه الأصول والكليات، مانحاً لها حصانة تجيز مقاومة الدولة ذاتها إن هي أخلت بأي منها. فهاك الفقيه Franz Neuman[٤]، يضع ستاً من القواعد يعدها تمثل الحد الأدنى من الحقوق اللصيقة بأشخاص الأفراد، وتمثل قيداً ملزماً على عاتق الدولة بمؤسساتها كافة التي بدورها لا تملك حيال تلك القواعد سوى الاحترام والصيانة، وإلا تعرض عملها المخالف لمقاومة الأفراد. إذ منح هذا الفقيه للأفراد حقاً في مقاومة الدولة في أحايين اعتدائها على هذه الأصول. فنجده يجعل المساواة بين

(١) د/ مصطفى أبو زيد فهمي ـ المرجع السابق ـ ص٩٢ وما بعدها ص٩٧.

(٢) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ـ مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية ـ مقالات وأبحاث الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري ـ عدد خاص ـ الجزء الأول ـ مجلة القانون والاقتصاد كلية الحقوق جامعة القاهرة ـ طبعة ١٩٩٢ ص٤٦٥.

(٣) Roscoe Pound - An Introduction of the Philosophy of law - New Haven and London - yale university press p - 125.

(٤) فرانز نيومان ـ المرجع السابق ـ ص١٥٨ ـ ص١٥٩.

الأفراد، أحد أهم المبادئ التي يتأصل عليها البناء المجتمعي، وأي قانون يتضمن إخلالاً بهذا الأصل يولد حقاً للأفراد في مقاومته. وكذلك القوانين المتعلقة بحريات الأفراد وشؤون حياتهم، يتعين أن تكون على نحو استثنائي ونصائح عامة ومجردة، وأي مخالفة لهذا الأمر يجوز مقاومتها. وكذا المكتسب من حقوق مشروعة لا يجوز المساس بها بقوانين رجعية الأثر وإلا جاز مقاومتها. وفي ذات الاتجاه ثمة من الفقه من وضع نظرية كاملة عن العصيان المدني، أجاز بها حال العصيان هذا وجعله مشروعاً، طالما وجه إلى قوانين وأعمال قانونية رسمية صادرة عن الدولة تتضمن افتئاتاً على المبادئ والقواعد التي تتأصل عليها كيانات المجتمعات، مثل حقي المساواة عامة والمساواة في الفرص خاصة، وحق التملك، والحق في المشاركة السياسية والتصويت، وحق التنقل، وحق الاعتناق العقدي. بل إن هذا الفقه يذهب خطوات أبعد في هذا الخصوص، إذ يقول بحق جماعات الأقليات، حال عسف الأغلبية بأي من حقوقها الأساسية، في مقاومة هذا العدوان وهو ما يسميه «civil disobedience»[١]، غير قاصر هذا الحق على الأغلبية وحسب في مقاومة أحوال استبداد السلطة، وإنما تجاوزه إلى تقرير حق مماثل للأقليات في مواجهة الأغلبية داخل المجتمع، وهو مشكل التفت إليه الفقه الحديث، بعد تجربة الأنظمة الفاشية التي شهدها العالم الغربي قبل الحرب العالمية الثانية، إذ تولد خوف دائم من استبداد الأغلبية بالحريات الفردية[٢]، فهذه الأنظمة شهدت تأييداً شعبياً هائلاً دعم أركانها ووطد ركائزها[٣]، إلا أن آثارها استوت بالمخالفة لأسس هذه المجتمعات، فقضت هذه الأنظمة على الفهم المؤسسي لشكل الدولة، من حيث تأصلها على مبدأ الفصل بين السلطات التي تركزت جلها في يد الزعيم القائد، كما عسفت بالحريات الفردية[٤]، وتأثر بذلك حق التملك ذاته. وهي جميعها أمور أدت إلى اختلال آليات عمل هذه المجتمعات، نظراً لتغربها عن أصولها الفلسفية التي ابتنيت عليها وكلياتها الأيديولوجية التي ارتكزت عليها، وانتهت بها إلى أن دمرت نفسها بنفسها. الأمر الذي، منذئذ، نشط الفقه للتحوط منه، فجعل ينظر إلى الحقوق والحريات الفردية كقدس مصان غير منال باعتبارها من المكونات الأساسية لبنية هذه المجتمعات التحتية، حيث تتأصل عليها مفاهيم الفكر الفردي الحر الذي هو المعتنق الأيديولوجي الأوحد داخل هذه المجتمعات، حتى إنه أعلاها على أحد أهم الأفكار التي تقوم عليها نظم الحكم بها وهو السيادة الشعبية وحكم الأغلبية، فحظر على الأغلبية المساس بتلك

---

(١) The Philosophy of law R. M. Dworkin Qxford university Prees - 1977 - P. 96-97

(٢) د/ السيد صبري ـ المرجع السابق ـ ص٥٩.

(٣) د/ محمد مرغني خيري ـ النظم السياسية ـ طبعة ١٩٩٤، ١٩٩٥ ـ ص١٣٥.

(٤) ذات المرجع ـ ص١٣٦.

الحقوق والحريات. كما اتخذ هذه الاتجاه مظهراً آخر حيث عمد جانب غير قليل من الفقه إلى منح وثائق إعلانات الحقوق والحريات قيمة تعلو الدستور حتى غدت تمثل قيداً عليه، كإعلان الحقوق الأمريكي الذي صدر في أعقاب نجاح الثورة الأمريكية واعلان استقلال أمريكا عن إنجلترا عام ١٧٧٦ وإعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في فرنسا بعد نجاح ثورتها عام ١٧٨٩، فضلاً عن عدد من إعلانات الحقوق التي صدرت في إنجلترا وهي تعد بمثابة وثائق دستورية مثل ملتمس الحقوق (Petition of Rights) الصادر في عام ١٦٢٨ وقانون الحقوق (Bill of Rights) الصادر في عام ١٦٨٩[١]. حيث ذهب هذا الاتجاه الفقهي إلى اعتبار هذه الإعلانات بمثابة القانون الأساسي لجملة النظام القانوني بأكمله، أي إنها قانون يفوق الدستور ذاته، قمة هذا النظام القانوني[٢].

١٠٣ ـ **ملاحظات ختامية**: تلك كانت محاولة مقاربة إجابة على التساؤل الذي طرحناه بالبداية، فيما إذا وجد ثمة ما يمثل قيداً على الدولة بكل نظمها وفي مقدمتها الدستور، بحيث يعلوها جميعاً ويحدها على النحو الذي يشكل في ذاته إطاراً أعلى للشرعية الوضعية ذاتها. ونحن بعد الاستعراض السابق نعمد إلى طرح عدد من الملاحظات في شأن هذا الموضوع الشائك.

أولاً: يتعين التسليم بدقة تلك المسألة تحديداً، لمساسها بسيادة الدولة، ذلك المفهوم الذي حاولت أنظمة الحكم كافة داخل الدولة المعاصرة بلورته على النحو الذي يحقق تسيداً لمؤسسات الدولة وسلطاتها، على النحو الذي تضحى معه الدولة غير مناظرة بأي قوة أخرى داخل المجتمع. وهو ما عمدت من خلاله إلى تهميش دور الجماعة ومؤسساتها الأهلية لصالح مؤسساتها الرسمية. لذا كان طبيعياً أن نجد مقاومة شديدة من قبل الفهم الرسمي للدولة لكل تصور يطرح ما قد يناقضه كما فعلنا آنفاً.

ثانياً: يتعين التمييز في هذا الخصوص بين مجتمعات عريقة التجربة بالديمقراطية

---

(١) د/ أحمد جلال حماد ـ حرية الرأي في الميدان السياسي ـ الطبعة الأولى ١٩٨٧ ـ دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع ـ ص١٧١ وما بعدها.

(٢) ذات المرجع ـ ص١٨٠ ومن هؤلاء الفقيهين : Dupant de Nemours , Sieyes، وإن كان الغالب في الفقه أنه يعمد إلى نكران هذا التسيد لهذه الإعلانات وينتهي إلى منحها ذات القيمة القانونية للدستور، ومن ثم يجوز نظرياً للدستور أن يخالفها ،غير أن المشاهد عملاً، أنه مع مضي الزمن قدماً تزداد قيمة هذه الحقوق الأساسية قداسة حتى صارت حمايتها مصدرها الرأي العام الجمعي الذي يقف بالمرصاد لكل عدوان عليها، ولذلك فهذا الذي استقر عليه غالب الفقه من كونها لها مكانة الدستور فقط، لا يعدو أن يكون محض نقاش نظري ينبئ الواقع العملي عن خلافه، فمن غير المتصور فرضاً أن يتم تغيير أي من الدساتير الديمقراطية العريقة على النحو الذي يتضمن انتقاصاً من هذه الحقوق الفردية أو الحريات الشخصية.

وغيرها من المجتمعات حديثة العهد بها، فالأولى وبعد طول عهد ومراس، تمكنت جماعاتها من امتلاك قدر غير قليل من زمام أمرها داخل مجتمعاتها، لتجاور المؤسسات الأهلية لتلك الجماعات المؤسسات الرسمية للدولة، تعايشاً وتعاوناً، الأمر الذي مكن من إفراز تصورات عما يفوق الدولة ومؤسساتها وكذا يفوق الدستور وأحكامه، على نحو ما تقدم، ترجمه الفقه بنظراته آنفة الإشارة. وذاك خلافاً لحال المجتمعات الأخرى، التي ما زالت حديثة عهد بشكل الدولة بوصفها سلطة تنظيمية عليا داخل المجتمع، تلك الدولة التي ما زالت مؤسساتها الرسمية تمارس تغولاً متفلتاً على حساب مؤسسات الجماعة الأهلية، حيث تقاوم بكل قوة شيوع مثل تلك التصورات، فلكي تستمر هيمنتها لا بد أن تظل المالك الوحيد للشرعية داخل المجتمع مما يستحيل معه أن يكون ثمة شرعية تعلوها. الأمر الذي ينعكس على جملة فقه القانون الوضعي بتلك الدول حيث لا أثر لهذه التصورات في هذا الفقه !

ثالثاً: وفي هذا الخصوص، يتعين ملاحظة أن الدولة المعاصرة ليست أول سلطة تنظيمية تشهدها المجتمعات البشرية، وإنما هي إحدى مراحل تطور هذه السلطة، وهي نتاج تفاعل حضاري معين تكمن عناصره المادية والمعنوية الفلسفية والفكرية، فيما أسميناه آنفاً بالبنية التحتية للمجتمع. وعليه فلا تكون الدولة وفق هذا الفهم سابقة على المجتمع، وإنما هي تالية عليه، بل هي هبة تفاعل عناصر هذا المجتمع مع أحوال الزمان والمكان وظروف أنساق الفكر وأنماط العمل المتوافرة بهما، ومن ثم تغدو مصادر الشرعية داخل المجتمع مردودة إلى غير الدولة إلى قواعد البنى التحتية للمجتمع في شموله الذي يطوي مفهومه، فضلاً عن الدولة، كلاً من الجماعة السياسية العامة ذات الانتماء الأساسي والجماعات فرعية الانتماء والفرد ككل متحيز بمعادلة الاجتماع البشرى. فإن حازت الدولة أياً من مصادر الشرعية، فذاك من قبيل النيابة، حيث تكون مفوضة في ذلك من قبل غيرها. ومصادر الشرعية الحقيقة داخل هذه المجتمعات تكمن في الاعتقاد الجمعي فيما هو مستقر عليه جمعياً من مفاهيم وأسس وأصول، أي تلك الأفكار التي تشكل شبكة البنية التحتية للمجتمع، والتي تمثل أصل الشرعية داخله، ومن ثم فما من عمل قانوني يمكن أن يكتسب الشرعية المطلوبة دون أن يكون موضع رضاء هذه الكليات الجمعية، وأي خرق لمثل هذه الأمور، يفقد العمل شرعيته المطلوبة، وإن جرى نسبته إجرائياً إلى الدولة ومؤسساتها الرسمية.

رابعاً: عندما نقول بأن ثمة ما يعلو الدولة، بل والدستور ذاته، فيما يشكل قيداً عليها، فإننا لا نعني بذلك أن ثمة نسقاً عالمياً من المبادئ والقواعد يكون قيداً على الدول كافة. وإنما ما نقصده أن لكل مجتمع خصوصياته الذاتية، التي تنبني على كل من أصوله وأسسه المكونة عناصر هويته الشخصية، تلك الأصول والكليات هي التي تمثل

هذا القيد على الدولة التي تسود داخل المجتمع. ويؤدي بنا ذلك إلى رفض القول بأن ثمة نسقاً عاماً من المبادئ المتمتعة بصفة عالمية، تكون قيداً على الدول كافة بغض النظر عن تميزها الحضاري في عناصر الهوية التي تمثل خصوصيتها الذاتية.

وبعد فتلك هي ملاحظاتنا النهائية في خصوص هذه الجزئية، تجاوزنا فيها حدود الفكر القانوني ومنطق تصوراته وأنساق مفاهيمه، لخصوصية طابع الموضوع التي كما أشرنا سلفاً، تلك الخصوصية تكمن فيما وراء القانون ذاته: في ساحة المجتمع حيث تفاعل عناصره الداخلية في بنيته التحتية.

* * * * *

١٠٤ ـ إحالة: وعليه فيستوي مفهوم فكرة النظام العام، بحسبه تكليف اقتضائي يرد حداً على الإرادة المكتملة الحرة خالية العيوب، وهي بصدد تصرف قانوني، بحيث يترتب على هذه المخالفة بطلان التصرف فيما جاوز حدود الاقتضاء الوارد. ليبقى لنا عنصر لم نشر إليه قبل؛ يتحدد موقعه من هذا المفهوم في عنصر الغاية من وراء هذا التكليف الاقتضائي. أي أن ثمة عنصراً ما زال التعريف الماثل يفتقر إليه، ألا وهو المقصد من ذاك التكليف الاقتضائي الحاد من سلطان الإرادة على النحو سالف البيان، والذي يصل إلى حد إهدارها كلية عند المخالفة. هذا العنصر المفتقد هو «صون أسس المجتمع الكلية العليا»، وهو ما نعني به صون أسس الجماعة الكلية وأسس الدولة العليا، ليضحى مفهوم هذه الفكرة على النحو الآتي: «تكليف اقتضائي يمثل حداً على الإرادة المكتملة الحرة خالية العيوب، وهي بصدد تصرف قانوني، بغية صون أسس المجتمع الكلية العليا، ليترتب على المخالفة، جزاء البطلان، فيما جاوز الاقتضاء». هذا العنصر الغائي، الذي لم نشر إليه بثنيات عملنا التفكيكي لمفهوم فكرة النظام العام، رغم العرض كثيراً إلى الغاية من وراء هذه الفكرة بحسبها أحد المحركات الخفية وراء نشأة المفهوم وتطوره، كان عن عمد من قبلنا، إذا آثرنا الإشارة إليه فقط بنهاية هذا البحث، تاركين أمر علاجه إلى المطلب القادم، حيث نستظهر منه تفصيلاً، ماهية أسس المجتمع المستهدف حفظها بتوظيف مفهوم فكرة النظام العام.

المطلب الخامس

بطلان التصرف القانوني جزاء مخالفة النظام العام

١٠٥ ـ ماهية البطلان: أمكننا فيما سلف تلمس أحد أهم آثار فكرة النظام العام، ألا وهي البطلان الذي يلحق التصرف القانوني إذا جاء على خلاف مقتضى قواعد النظام العام. فالبطلان هو جزاء مترتب دوماً عند كل انتهاك لفكرة النظام العام، أي إنه الحاضر عند كل إثارة لفكرة النظام العام، مما حدا بنا إلى اعتبار البطلان أحد أهم الأوصاف الظاهرة للنظام العام إطلاقاً.

والبطلان وصف يلحق التصرف القانوني، باعتبار الأخير مصدر الآثار القانونية المقصودة. وهو جزاء يرتبه القانون كلما خالف التصرف قاعدة من قواعده التي رتب البطلان جزاء لمخالفتها. وحقيقة البطلان عدم نفاذ التصرف وعدم ترتيبه للآثار المرجوة[1]. أي أن البطلان هو بالأساس نظام جزائي، تتعين غايته في حرمان التصرف المخالف للقانون من القدرة على إنتاج آثاره[2]. ومن ثم يضحي البطلان بهذه الكيفية، حالاً للتصرف القانوني يكافئ عكسياً حال الصحة إذا ما توافرت للتصرف أركانه وشرائطه المقررة.

١٠٦ ـ أساس فكرة البطلان: لمعرفة أساس البطلان، يتعين بداية تحديد أركان وعناصر صحة كل تصرف قانوني حيث البطلان وصف يلحق التصرف حال انتفاء الصحة. فإذا كان التصرف القانوني، على ما تقدم، هو إرادة تتجه إلى إحداث آثار قانونية يقرها القانون ويرتبها، فإن هذا التعريف يسلمنا إلى أن ثمة مجموعتين من العناصر يمكن اعتبارهما شروط صحة للتصرف القانوني. فأما المجموعة الأولى فتلك العناصر العضوية الداخلية للتصرف والتي تتكون من الإرادة لب التصرف وجوهره والمحل موضوع التصرف والسبب غاية التصرف. تلك الأركان الثلاثة يتعين توافرها كلها بشرائطها، فتستوي الإرادة كاملة سليمة واعية حرة غير مشوبة بعارض، ويكون كل من المحل والسبب موجودين وصحيحين، هذا فضلاً عن الشكل والإجراء إن كانا من مستلزمات التصرف قانوناً. وأما المجموعة الثانية فهي عناصر شرعية التصرف،

---

(١) د/ جميل الشرقاوي ـ نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني ـ طبعة ١٩٥٦ ـ مطبعة جامعة القاهرة ـ ص٦٧.

(٢) المرجع السابق ـ ص٦٧.

المتأصلة تركزاً في موافقة التصرف للمشروعية، سواء في محله أم في سببه، وهي التي يمكن اعتبارها العناصر الخارجة عن جسد التصرف[1]. وعليه فان لحق التصرف عيب مرده فقدانه لأي من شروط هاتين المجموعتين، أضحى البطلان سمة هذا التصرف.

١٠٦/١ ـ **أنواع البطلان**: غير أن ثمة تساؤلاً ثار في خصوص هذا البطلان، هل هو دائماً على درجة واحدة من الجسامة، بمعنى هل شروط الوجود والصحة هي جميعها من ذات القيمة بذات الأهمية، أم أنها متفاوتة، بحيث تغدو بعضها أكثر أهمية من الأخرى. اختلف الفقه بهذا الخصوص، اختلافاً مرده اعتبارات تاريخية وأخرى تشريعية ليس هذا مقام ذكرها. وإن كان يمكن حصر الخلاف في ثلاث نظريات أساسية هي التي افترق الفقه عليها. فقد كانت النظرة التقليدية تذهب إلى تقسيم البطلان إلى ثلاث مراتب، وهي النظرية التي عرفت بالتقسيم الثلاثي للبطلان: انعدام وبطلان مطلق وبطلان نسبي. تقسيم يعتمد معياراً يتأصل على التمييز بين عناصر الوجود والصحة للتصرف، فمنها ما يعد ركن وجود ومنها ما يعد مجرد شرط صحة، فأما أركان الوجود فهي الإرادة والمحل والسبب والشكل ـ حال لزومه قانوناً ـ، فإن افتقر التصرف لأي منها أصابه خلل جسيم أفضى به إلى الانعدام الكلي للتصرف بأكمله. وأما شروط الصحة، فهي المشترط وجوباً لاكتمال الركن، بحيث يضحى انتفاء أي من هذه الشروط غير مرتب في ذاته اختلالاً كاملاً للتصرف، وإنما يرد الخلل جزئياً مرتباً لبطلان نسبي يمكن تصحيحه أو إجازته برفع الخلل عن طريق تصحيح الشرط المعيب (أو المفقود)، وهذا النوع من البطلان حصره الفقه في أحوال اختلال شروط ركن الإرادة تحديداً، كما إذا أصاب رضاء المتصرف إكراه أو غبن أو تدليس أو غش. أما البطلان المطلق فقد احتفظ الفقه به لأحوال فقد التصرف عناصر المشروعية المستلزمة وجوباً للاعتداد بوجوده[2]، فإذا استوى محل التصرف أو سببه مخالفاً للقانون بمعناه الأوسع ـ سواء للقواعد المقننة تشريعاً أم تلك التي تلقى قبولاً جمعياً ـ وإن توافرت له كافة أركان الوجود وكل شروط الصحة، غدا هذا التصرف في هذا النظر الفقهي باطلاً بطلاناً مطلقاً.

١٠٦/٢ ـ وثار نقد وجه إلى هذه النظرية انصب مجمله على عدم وجود ما يميز البطلان المطلق عن الانعدام، فظهرت النظرية التي تقول بثنائية البطلان، حيث اكتفت بتقسيم البطلان إلى مطلق ونسبي وحسب، بحيث بات كل من الانعدام والبطلان المطلق على درجة واحدة من القيمة لا تفاوت بينهما، وأضيفت حالة الانعدام لمجال البطلان المطلق الذي احتفظ لنفسه بذات نطاقه وأحواله في النظرية السابقة ومعها نطاق أحوال

---

(١) د/ جميل الشرقاوي ـ نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني ـ ص٧١.

(٢) د/ عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ـ نظرية الالتزام ـ مصادر الالتزام ـ طبعة ١٩٥٢ ـ دار النشر للجامعات المصرية ـ ص٤٨٩.

الانعدام أيضاً في حين ظل البطلان النسبي كما هو على حاله منصباً على أوضاع افتقار التصرف لشروط الصحة المتعلقة بركن الإرادة[1]. وهذه النظرية تشيَّع لها غالب الفقه ولا يزال، على الرغم من أن النظرية التقليدية السابقة لم تفقد كل أنصارها.

١٠٦/٣ ـ إلا أنه على الرغم من الشعبية الهائلة لنظرية ثنائية البطلان لدى الفقه المعاصر، فإن القانون المدني المصري لم يعمد إلى الأخذ بها، فلم يقسم البطلان إلى مطلق ونسبي، وإنما عمد إلى تقسيم آخر، فذكر البطلان والقابلية للإبطال. وهو ما يكاد جانب كبير من الفقه يتجاهل إياه، بإصراره على أن ذاك ليس سوى محض مقارنة لفظية في التعبير، لا تحمل أي أبعاد موضوعية على مستوى المضمون. فالبطلان الذي جاء في القانون يعادل البطلان المطلق، والقابلية للإبطال بدورها تعادل البطلان النسبي[2]. هذا الموقف من جانب غالب الفقه تعرض لنقد عنيف من قبل قلة من الفقهاء. وهو نقد تأصل على مفاهيم وتصورات مستجدة لفكرة التصرف القانوني، تقوم على وحدة البطلان. فيعمد الدكتور/ جميل الشرقاوي، طرحاً لنظرته الجديدة، إلى البدء من نقطة استبعاد الانعدام من أحوال البطلان، حيث يذهب إلى أنه عند عدم وجود المحل أو السبب، أو عند استحالة أي منهما، فالتصرف يكون عدماً، بمعنى أنه غير موجود أصلاً. فإذا كان التصرف القانوني إرادة تتجه إلى إحداث آثار قانونية معتبرة فإن عدم وجود أي من المحل أو السبب يؤدي منطقياً إلى انعدام الوجود المادي لهذه الإرادة كونها تنصب على لا شيء، مما يفضي بدوره إلى عدم قيام التصرف أصلاً[3]. وذاك خلافاً لأحوال وجود المحل والسبب، فالإرادة عندئذ تكون قد تخلقت منصبة على شيء موضع اعتبار مما يفيد وجوداً مادياً أو على أقل تقدير أثراً لهذا الوجود المادي. وفيما يمضي خطوة أخرى للإمام، يقول إنه ما دام البطلان وصفاً يلحق التصرف القانوني، تاركاً إياه عاجزاً عن إنتاج الآثار القانونية المقصودة، وهو الوصف الذي يقابل وصف الصحة حال ما إذا توافرت للتصرف عناصره كافة، فمن ثم يغدو من غير المتصور أن يكون لهذا الوصف أكثر من طبيعة، فالبطلان على هذا النحو إنما هو واحد دوماً ذو طبيعة واحدة أبداً، ولا يسمح الاستنتاج المنطقي بتصور تعدد في أنواعه[4]. وعليه ومما تقدم، فإنه باستبعاد أحوال الانعدام من إطار البطلان، وبالقول بالطبيعة الواحدة للبطلان، تضحى مساحة البطلان منطوية على أحوال افتقار التصرف القانوني لعناصر

---

(١) السنهوري ـ الوسيط ـ المرجع السابق ـ ص٤٨٩.

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي ـ نظرية الفقه والإرادة المنفردة ـ موسوعة القانون المدني المصري ـ طبعة ١٩٨٤ ـ ص٤٦٦ وما بعدها.

(٣) الدكتور جميل الشرقاوي ـ المرجع السابق ـ ص٣٦٣.

(٤) جميل الشرقاوي ـ المرجع السابق ـ ص٣٧٣.

الشرعية، أي أحوال مخالفته لقواعد القانون بمعناه الأوسع، أي القواعد الآمرة[1]. وتبقى أحوال وجود الإرادة مشوبة بأي من عيوب الرضا المتمثلة في الغلط والغش والإكراه والتدليس، وهي التي يطلق عليها الفقه التقليدي أحوال البطلان النسبي. هذه الأحوال لا يرى الفقيه الكبير في البطلان الناتج عنها تميزاً في الطبيعة عن البطلان الناتج عن غياب قواعد الشرعية، فكلاهما واحد فهو يرى أن العبرة في هذه الأحوال بالتحقق من البطلان ذاته، إذ أن هذه العيوب تعود دوماً إلى أمر نفسي، يكمن توطناً في ذهن صاحب الإرادة، وتلك مسألة ذاتية محضة، لا يمكن تبينها بالأوضاع الظاهرية، بل يتعين الإفصاح عنها للتنبه إلى وجودها، هذا الإفصاح هو الذي يخرج العيب إلى الظاهر، أي إلى نطاق القانون، وعندئذ يُتحقق يقيناً من حال البطلان، الذي يصير معروفاً، على نحو يجب معه القضاء به وصفاً أكيداً لهذا التصرف[2]. وفي أثناء الفترة من حصول التصرف القانوني إلى أن يتم الإعلان الصريح من قبل المتصرف عن مآله، إما بالإفصاح عن العوار الذي وصم إرادته وتمسكه بالبطلان أمام القضاء، أو بإجازته بأي صورة كانت بما يرتبه ذاك من إجازة للتصرف بكامله، نقول يكون التصرف طوال تلك الفترة قائماً قيام الصحة، مرتباً لآثاره، وإن ظل مزعزعاً لقابليته للإبطال.

١٠٦/ ٤ ـ هذه النظرية الأخيرة بلا ريب، هي الأكثر قرباً وتمشياً مع منهج القانون المدني، الذي أفصح عن منطقه بالنص على البطلان والقابلية للإبطال، بتقسيم عناصر التصرف إلى مقومات وجود وشروط صحة لهذه المقومات. أما مقومات الوجود فتخرج عن مجال عمل نظرية البطلان، حيث الافتقار إليها إنما يؤدي إلى تهاوي التصرف ذاته أي عدم وجوده مادياً كما في انعدام المحل أو السبب كلياً. وأما شروط صحة هذه المقومات، حال وجودها، فمنها ما هو خارج عن جسد التصرف المادي متمثلاً في عناصر الشرعية، ومنها ما هو داخل في ذاتية هذا الجسد ويتمثل في عوارض الأهلية، غير النافية كلياً لهذه الأهلية، فضلاً عن عيوب الإرادة. أما حال انعدام مقومات الوجود فلا صلة له بالبطلان، حيث يستحيل التصرف عن الاتصاف بالصحة أو البطلان فليس ثمة تصرف من حيث الأصل حتى يوصف بالبطلان. وأما حال انعدام شروط صحة هذه المقومات، فالتصرف قائم وموجود لكن اقترانه بأي منها يصيبه بالبطلان، حيث يتوقف مآله على مدى إمكان استطلاع ما يمكن أن يعتري ذاك التصرف من عيوب، فإن أمكن ذلك مباشرة كان باطلاً، وإن لم يمكن إلا بفعل من قبل المتصرف كان قابلاً للإبطال حتى يتبين مصيره بواسطة هذا الفعل.

---

(١) جميل الشرقاوي ـ المرجع السابق ـ ص٣٧٣.

(٢) ذات المرجع السابق ـ ص٣٧٤ ـ الأمر ذاته يسري في أحوال فقدان الأهلية انظر: ص٣٧٣، ٣٧٤.

وبذلك يتبين لنا، أن مخالفة التصرف القانوني لمجموعة عناصر الشرعية وهي مجموعة القواعد القانونية الآمرة، التي لا قبل لأحد بمخالفتها، أكانت قواعد مسنونة تشريعاً من قبل المؤسسات المختصة بذلك، أو قواعد جمعية مما تحوز قبولاً جمعياً رغم عدم تقنينها، باعتبارها إطار مشروعية أي تصرف قانوني، يرتب جزاء يتمثل في بطلان التصرف. ومن هنا نجد البطلان أهم الأوصاف المحيطة بفكرة النظام العام إذ هو مصاحب لها أينما أثيرت.

* * * * *

١٠٧ ـ والحق، أن ما تقدم، إنما يثير من الملاحظات ما يستوجب الإبداء:

أولاً: أن تقسيم عناصر التصرفات القانونية إلى مجموعتين من العناصر، مجموعة العناصر العضوية الداخلة في كيان التصرفات ذاتها، ومجموعة عناصر الشرعية الخارجة عن كيانها، إنما يرتب تقسيماً مقابلاً في القواعد الضابطة للتصرفات القانونية، فثمة مجموعة القواعد القانونية المنظمة لمقومات الوجود المادي للتصرف، وهي التي تضبط التخلق العضوي الداخلي لجسد التصرف، وثمة مجموعة القواعد القانونية المنظمة لشرعية الوجود المادي لهذا التصرف.

ثانياً: عن مجموعة القواعد المنظمة لشرعية التصرفات القانونية، فهي إطار المشروعية الذي يستظل به أي تصرف قانوني بحيث إن شاء المتصرف أن يوفر لتصرفه الحماية الكاملة فعليه التزام حدود هذا الإطار بموافقة تصرفه ذاك لتلك القواعد. هذه القواعد تعمل من جانب آخر على ضبط تناسق التصرفات القانونية جميعها، فيما بين بعضها وبعض، وفيما بينها وبين أصول النظام القانوني الحاكم والكليات الجمعية السائدة، بحيث تنتظم كل التصرفات وفق هذه الأنساق على النحو الذي يحقق لها التناغم المنشود في أطر العلاقات القانونية المتبادلة.

ثالثاً: يساهم هذا التقسيم في إيجاد معيار مساعد في التمييز بين القواعد الآمرة وقواعد النظام العام، فمتى كنا ـ كما تقدم ـ قد خلصنا إلى أنه ليس ثمة تطابق بين مفهوم النظام العام ومفهوم القواعد الآمرة، إذ تبين لنا أن ثمة قواعد آمرة هي بالأساس لا تنشد حفظ المصلحة العامة مباشرة وإنما تعمل على تغليب صالح خاص على صالح آخر مخصوص فتقرر ترجيح الأول على الثاني لاعتبارات ارتآها المشرع. ولذلك حددنا قواعد النظام العام بأنها تلك التي تستهدف الحفاظ على الصالح العام مباشرة والممثل في المصلحة العليا للدولة أو الصالح الكلي للجماعة. فإن التقسيم الذي نقول به، إنما يسهم بدوره في الكشف عما إذا كانت القاعدة القانونية الآمرة ذات اتصال مباشر بمصلحة عامة أم أنها متعلقة بصالح مخصوص. ففي تقديرنا أن القواعد المنظمة للعناصر العضوية للتصرف القانوني ـ سواء تلك الخاصة باكتمال الإرادة وصحتها أم

تعين أحوال وجود المحل أو أصل وجود السبب أو الشكل حال لزومه ـ هي بالأساس إنما تعني شخص المتصرف وصالحه، إذ يصير وحده من له مصلحة في أن يأتي التصرف صحيحاً مكتملاً كي تترتب نتائجه التي يرجوها، كما أن إليه وحده المصلحة في بطلان التصرف إن تم على خلاف قصده أو مورس عليه فيه من الوسائل ما أبان له الأمر على غير حقيقته. فمثلاً نص المادة (١٠٥) من القانون المدني التي تقرر حكماً آمراً في وجوب إتيان النائب التصرف في حدود نيابته، حتى تضاف آثار التصرف إلى الأصيل، ونص المادة (١١٠) التي تقرر أن ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله بحيث تكون تصرفاته باطلة، ونص المادة (١١٤) التي تبطل تصرفات المجنون والمعتوه حال صدورها بعد تسجيل قرار الحجر، ونص المادة (١٣٣) التي تقرر بطلان العقد الذي لا يكون محله معيناً بالذات أو بالنوع والمقدار، ونص المادة (١٣٤) التي تقرر التزام المدين بالمبلغ النقدي محل الدين دون أن يكون لارتفاع النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أثر. فهذه الأحكام وهي آمرة لا تجوز مخالفتها وإلا وصم التصرف بالبطلان إلا أنها مقررة لحماية صالح المتصرف المخصوص، فهي إما لحماية الأصيل من تجاوز نائبه لحدود النيابة، وإما لحماية مال الصغير غير المميز، وإما لحماية مال المجنون والمعتوه من أنفسهم مما قد يقومون بإبرامه من تصرفات هم ليسوا أهلاً لها، وإما لحماية المتصرف من التصرفات التي لا تكون محددة المحل خوفاً عليه مما قد يلحقه من غبن، وإما لحماية الملتزم بدين نقدي من احتمالات ارتفاع أو انخفاض قيمة النقود وقت الوفاء لأسباب لا يد له فيها على ما قد يخل بتوازن التعاقد موضع الاعتبار وقت إبرامه. ففي كل تلك الأحوال، المستهدف من وراء هذه الأحكام هو حماية المتصرف أو المتصرف إليه في صالحه الخاص، دون أن يظهر منها انطواؤها على صالح أعلى للدولة يكون المستهدف مباشرة منها أو مصلحة كلية للجماعة تتحقق من وراء هذا الالتزام. وذاك خلافاً لقواعد أخرى آمرة، كتلك التي نصت عليها المادة (١٤٧) من كون العقد شريعة المتعاقدين، والمادة (١٤٨) من وجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، والمادة (١٦٣) التي تلزم مرتكب الضرر بجبره، والمادة (١٧٩) التي تلزم من أثرى على حساب غيره بتعويض من لحقته الخسارة في حدود ما أثري به. فهذه الأحكام تبتغي بما تستهدفه من إلزام، صوالح عليا على مستوى تحقيق العدالة بين أطراف التعاقدات، على نحو ما يتدعم به استقرار العلاقات داخل المجتمع ويشيع به الاطمئنان بين المتعاملين، وهي في كل هذا لا يبدو أنها غلبت صالح أحد على آخر على وجه التحديد، وإنما هي وضعت أطراً عامة ضابطة لحدود العلاقات التي تنشأ بين الأفراد داخل الجماعة، وهذا كله للصالح الأعلى للدولة ولأجل حماية التضامن الجمعي داخلها. ومن هنا كانت هذه المجموعة من القواعد القانونية، قواعد

شرعية عامة يتحقق فيها مفهوم النظام العام، على حين أن المجموعة الأولى محض قواعد آمرة لا ترقى لمفهوم النظام العام لعدم توجهها المباشر لحماية الصالح العام قدر توجهها لصون صالح خاص قدمته على آخر مخصوص، فضاً لتشابك حاصل بين هاتين المصلحتين تحديداً.

رابعاً: هذا التقسيم غير مقتصر في صلاحيته على روابط العلاقات القانونية في نطاق القانون الخاص وحده، بل هو صالح أيضاً في إطار العلاقات القانونية في مجال القانون العام.

المبحث الثاني

التركيب الهيكلي لفكرة النظام العام
ومستويات قواعده القانونية المتراتبة

١٠٨ ـ **تمهيد وتقسيم**: نحاول في هذا المبحث العمل على إعادة تركيب العناصر التي استظهرناها فيما سبق باعتبارها مكونات فكرة النظام العام؛ وذلك لبناء هيكل مفاهيمي لهذه الفكرة، يتحدد من مستويات قاعدية متراتبة تراكمياً على هيئة شكل هرميْ، تفضي قواعده إلى قمم مؤسسة حتماً على تلك القواعد. هذا الهيكل بمستوياته المتراتبة ينطوي على القواعد التي تعبر عن الأصول والكليات التي تخص القوى ساكنة تلك المستويات، على النحو الذي يبين معه جوهر المصالح المحمية. ولذلك فسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: علاقة فكرة النظام العام بقواعدها القانونية.

المطلب الثاني: هيكل مفهوم فكرة النظام العام.

المطلب الأول

علاقة فكرة النظام العام بقواعدها القانونية

١٠٩ ـ **التمييز بين قاعدة النظام العام وإطار مفهوم الفكرة:** يتعين في هذا الموضع أن نميز بين الإطار المفاهيمي لهذه الفكرة، وبين القواعد القانونية التي تنطبق عليها عناصر هذا الإطار، تمييزاً لا يفيد افتراقاً في الطبيعة أو المضمون، وإنما فقط في المجال العضوي لكل منهما.

١/١٠٩ ـ ففكرة النظام العام من حيث إطارها المفاهيمي، هي المكون الموضوعي لأصول الدولة الأيديولوجية، التي تبتني عليها نظمها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وانعكاس ذلك على المفاهيم الضابطة لعلاقات المؤسسات الرسمية داخل هذه الدولة، وحدود حركتها المتناغمة كما هو مرسوم لها، فضلاً عن التصورات الأيديولوجية لدور الفرد والجماعة داخل تلك الدولة. كما أنها المكون الموضوعي لكليات الجماعة الموجودة داخل هذه الدولة، بمعتنقاتها العقدية وتراثها التاريخي المكونين لأنساقها القيمية والأخلاقية، وأسس أبنيتها الثقافية والمدنية المشادة عبر التجربة الإنسانية لهذه الجماعة والتي تمثل هويتها الحضارية منبت خصوصيتها. فمن هذين المكونين يتألف الإطار المفاهيمي لفكرة النظام العام إجمالاً، الذى يجد دون ريب في أكثر من وجهة أدواته الكاشفة عن عناصره، ومن ثم فهو ليس موضع احتكار مطلق لمجال العلوم القانونية، وإنما يشاركها في هذا الخصوص العلوم الإنسانية الأخرى كافة التي تهتم بدراسة المجتمع وظواهره وجذوره وثوابته، فضلاً عن معتنقاته العقدية والفلسفية. بيد أنه يظل للأعمال القانونية إسهامها المقدر، الذي ليس من محيص عنه، في تشكيل تصور لحدود هذا الإطار. ونعني بالأعمال القانونية هنا الوثائق ذات القيمة العليا لدى الدولة والجماعة، كالدساتير وإعلانات حقوق الإنسان والوثائق المعلنة لنهج الدولة الفلسفي وأطر العلاقات بين الدولة والأفراد. فتلك الوثائق لا شك أنها تعدُّ مرجعاً أساسياً للإطار المفاهيمي السائد ـ في كل مجتمع ـ لفكرة النظام العام، وإن كنا لا نعتبرها حصراً هي وحدها هذا الإطار المذكور؛ إذ غالباً ما يكون جانب المكون الموضوعي للكليات الجمعية غائباً عن تلك الوثائق لتأتي إطلالة العلوم الإنسانية الأخرى مساهمة في الكشف عن هذا الجانب بالوسائل والأدوات المعتمدة في هذا الخصوص.

۲/۱۰۹ ـ وثمة ما يميز هذين المكونين، الذين يتألف منهما الإطار المفاهيمي لفكرة النظام العام، عن غيره مما قد يختلط بهما ويشتبه على ناظرهما، ذاك هو أن كل مفردات هذين المكونين من ضروريات الدولة والجماعة، بما يفيد اختلال أوضاع أي منهما، في حالة انتفاء أي من مفردات هذا الإطار، اختلالاً من شأنه المساس بأركان الدولة كلياً أو إصابة كيان الجماعة باهتزاز شديد، الأمر الذي يفضي بأي منهما إلى الانهيار التام، وهو ما يتعارض مع ضرورات الاستقرار الضروري للجماعة. وفي هذا أو ذاك ما فيه من خطر يمثل أقصى تهديد للمجتمع بكامله، نعني المجتمع المكون من هيئتي جماعة ودولة المرتبطين برباط المصير المشترك، حيث اهتزاز أيهما إنما هو بالأساس زلزلة للآخر. وبغير هذين المميزين، يضحى متعذراً إيجاد تعريف للإطار المفاهيمي لفكرة النظام العام.

۱۱۰ ـ أما قواعد النظام العام، فهي الانعكاس القاعدي لعناصر الإطار المفاهيمي لفكرة النظام العام، أي أنها ما يتم تقعيده من هذه العناصر. هذا التقعيد إما أن يكون عاماً ومجرداً إذا تمت صياغة العنصر صياغة تشريعية في صورة مقننة، وإما أن يكون فردياً جزئياً إذا صيغ من خلال أحكام القضاء. وتفصيل ذلك أن مما يدخل في الإطار المفاهيمي لفكرة النظام العام ما قد يتناوله المشرع بالتقنين فيعمل فيه أدواته التشريعية، حيث يستوي بالنهاية نصاً قانونياً مسنوناً. بيد أنه ليس كل ما ينطوي عليه هذا الإطار مما يتناوله المشـرع تقنيناً بل يظل عديد من عناصر هذا الإطار كامناً بالعقل الجمعي، إلى أن يحدث ما يثير أمره بوقوع تصرف على خلاف مقتضاه، فتتصدى أجهزة القضاء وهي بصدد البت في التصرف المخالف لتجلية هذا العنصر الأصل وضبط حدوده ومضمونه. وعندئذ نجد عمل القضاء، مفرزاً لقاعدة قانونية كلية، من العسير ـ عملياً ـ مخالفتها، رغم خلوها من أي مرجعية نصية تكسب القاعدة شرعيتها المطلوبة، حسب التنظيم القانوني المعاصر، الذي يعتمد في شرعية قواعده على صدورها عن المشرع، وفق الإجراءات والقواعد المقررة؛ وعلة صعوبة هذه المخالفة إنما مردها نسبتها الجمعية إلى كل أو أصل جمعي، يمثل المرجعية الأساس لقواعد الشرعية داخل الجماعة، أي أن شرعيتها تتجاوز الحدود الإجرائية الشكلية، إلى الأساس الكامن في القبول الجمعي والفهم الشعبي. غير أنها ومع كل هذا، تظل مرتبطة بواقع الحال الذي كشف عنها وتبلورت في كنفه، مما يلقي على عاتق القضاء عبئاً مضاعفاً في التروي عند اللجوء لتلك القاعدة ثانية، حتى يقوم بتحرير واقع الحال الماثل أمامه وواقع الحال المقاس عليه، فإن بان له ثمة تماثل بينهما، تعينت القاعدة. . وهكذا. الأمر الذي لا يجده القاضي في أحوال القواعد القانونية المسنونة، حيث ينطلق مباشرة صوب نفي مخالفة هذه القاعدة أو إثبات تلك المخالفة بمجرد استشفافه انطباق نموذج القاعدة المسنونة على واقع الحال الماثل أمامه.

ولنا في هذا الخصوص عدد من ملاحظات:

أولاً: قيام المشرع بسن قاعدة قانونية تعد من النظام العام مستفادة من المكون الموضوعي لكليات الجماعة، لا يفيد إنشاءً جديداً لقاعدة مستحدثة، وإنما هو في واقع الأمر كشف عن قاعدة أصل ببلورتها تقنيناً، وإبرازها للظاهر بعد أن كانت كلّاً مستبطناً، وهو كشف لا يفقد قيمته الأساسية في تعيين ماهية وكنه القاعدة وحدودها وضوابطها. ويختلف الأمر بالنسبة إلى ما يكون المشرع قد سنه من قواعد قانونية تعد من النظام العام مستقاة من المكون الموضوعي لأصول الدولة الفلسفية التي تبني عليها نظمها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية الحاكمة، إذ ثمة من القواعد التي يقوم بسنها المشرع داخل هذا الإطار، ما يكون إنشاءً جديداً لقواعد مستحدثة، وذاك بحسبان أن المشرع هو أحد مؤسسات الدولة التي تعبر عن حاجياتها الضرورية كلما وجدت مسوغاً لذلك.

ثانياً: على هذا الأساس فقواعد النظام العام المقننة تشريعاً، إنما تشتمل في غالبها على جانب المكون الموضوعي لأصول الدولة الأيديولوجية بتداعياتها الحكمية الأخرى بينما يغلب على قواعد النظام العام غير المقننة والتي تكوِّن نطاق عمل القضاء، الجانب الآخر المشكل للمكون الموضوعي لكليات الجماعة ومعتنقها العقدي وأنساقها القيمية والأخلاقية.

ثالثاً: ووفق هذا التصور، يغدو الإطار المفاهيمي لفكرة النظام العام، غير مترجم بأكمله في صورة قواعد قانونية مقننة، بل إن ثمة مساحة عريضة من عناصره تبقى غير معالجة تشريعياً، حيث يظل لجهود القضاء من جانب والفقه من جانب آخر، دور كبير في بلورة عناصر هذا الإطار في شكل أحكام وقواعد.

رابعاً: لا يُعترض على ما انتهينا إليه بهذا الخصوص، بدعوى عدم معرفة التنظيم القانوني الحديث لقواعد قانونية غير مقننة، بحسبان أن في ظل هذه النظم الوضعية يتعين لتمتع القاعدة القانونية بالشرعية الواجبة، أن تكون هذه القاعدة مشرعة تقنيناً ـ سواء دستورياً أو تشريعياً أو لائحياً ـ، وفق الشرعية الإجرائية الوضعية المقررة، وهي النظم التي تقلص فيها دور العرف تماماً حتى يكاد يتوارى كلياً. إذ أن ذلك مردود من جانبين:

الأول: أنه في خصوص تحديد إطار قواعد النظام العام، ثمة مساحة داخل هذا الإطار نكون فيها بصدد ما يُعرف «بما وراء القانون المكتوب». وهي المنطقة المظللة بالكليات الجمعية للجماعة، التي تمثل مرجعية شرعية لقواعد القانون المنظور ـ المكتوب ـ الذي إذا شاء أن يولد حياً منتجاً لآثاره، فالمتعين استواؤه على هدى من هذه الكليات والأصول غير المرئية، وإلا ولد النص المكتوب ميتاً معرضاً دوماً للتجاهل

الكامل من قبل الأفراد المحكومين به، وهذا أمر بالغ الدلالة على أن النص المقنن تشريعاً لا يستقي شرعيته من صدوره وفق القواعد المقررة لصناعته بالشرعة الإجرائية المقررة فقط، وإنما تلك الشرعية تستلزم أولاً وقبل كل شيء، استواء النص متفقاً والوجدان الجمعي للجماعة المحكومة به.

وأما الجانب الآخر: فالمشرع ذاته لم يشأ أن يحصر القاضي في قواعد محددة، ينطبق عليها وحدها عناصر مفهوم فكرة النظام العام، وإنما ترك له الأمر مطلقاً، حسبما يرتأيه من القواعد متفقاً والإطار المفاهيمي لهذه الفكرة. وهو ما نجده في الأحكام القضائية جلياً واضحاً، إذ الجوانب الدينية والأخلاقية لا تجد مرجعيتها في أي من النصوص القانونية، لذا يعمد القضاء إلى تلمسها فيما وراء النص المكتوب، أي تلمسها في العقل الجمعي والضمير الشعبي، الأمر الذي لا يجد المشرع حياله غضاضة بل يتبصره سبيلاً وحيداً، لتبين بعض قواعد النظام العام التي لا يستطيع هو الكشف عنها أو تبينها.

المطلب الثاني

هيكل مفهوم فكرة النظام العام

١١١ ـ **تمهيد وتقسيم**: نحاول في هذا المطلب تركيب هيكل مفهوم فكرة النظام العام، وتعيين مستوياته القاعدية. إلا أن ذلك لا يتأتى دون العرض للقوى الفاعلة داخل كل مجتمع؛ ذلك أنه إذا كانت فكرة النظام العام، في حدها المفهومي هي أوضاع تكليف اقتضائي ترد حداً على الإرادة وهي بصدد تصرف قانوني معين بغية حفظ أسس المجتمع الكلية وأصول ضرورات وجوده، بحيث تغدو مخالفة أي تصرف إرادي لأي من تلك الأوضاع انتهاكاً بالغاً لأحد الأسس المصونة، مستوجباً الإبطال الفوري المطلق لذلك التصرف. أقول: إذا كان ذلك كذلك، أضحى تعيين القوى الفاعلة داخل كل مجتمع، المنضبطة إرادتها بتلك الأوضاع النظامية، والمقرر مفهوم النظام العام حامياً وصائناً لمصالحها الأساس، أمراً بالغ الأهمية لتقرير مراتب الهيكل المفهومي لفكرة النظام العام. وإذ تتمثل تلك القوى في قوتين تقليديتين هما الفرد والجماعة، وثالثة مستحدثة هي الدولة، فإن هذا المطلب ينقسم إلى:

فرع أول: المستوى الارتكازي لهيكل مفهوم فكرة النظام العام (الفرد والجماعة).

فرع ثان: المستوى الفوقي لهيكل مفهوم فكرة النظام العام (الدولة).

فرع ثالث: المستوى الفرعي لهيكل مفهوم فكرة النظام العام (القواعد التفصيلية الجزئية).

* * * * *

الفرع الأول

المستوى الارتكازي لهيكل مفهوم فكرة النظام العام (الفرد والجماعة)

١١٢ ـ **الفرد قوة خالقة لقواعد النظام العام**: عندما يتحدث الفكر القانوني المعاصر عن الفرد، إنما يعني الشخص القانوني لا الشخص الطبيعي، مما يباعد عمله عن مدلولات الحقائق الواقعية للإنسان، لينحصر داخل نطاق مدلولات الحقائق القيمية، التي هي مجال نشاط علم القانون. فالقانون بدراسته لأنواع الواجب والالتزام المعينة من خلال أنساق غائية تشكل شبكة المصالح الجمعية والرسمية داخل المجتمع، يكون تناوله للفرد تناولاً لنشاطه الممارس من زاوية هذه الأطر القيمية المرسومة، فتتوقف

الحماية القانونية التي يتمتع بها هذا النشاط الفردي على مدى اتفاقها مع الحقائق القيمية التي ينطلق منها التصور القانوني السائد.

١١٢/١ ـ بيد أنه لا يجوز أن يفهم مما تقدم استبعادنا الكامل للفرد باعتباره كائناً طبيعياً، وعدم اعتدادنا سوى بكيانه القانوني، إذ الأخير إنما يجد امتداده الحقيقي في الأول، بل إن الشخصية القانونية للإنسان إنما تشكلها عناصر تكون شخصه الطبيعي، من عناصر نفسية واجتماعية واقتصادية وبيئية، فضلاً عن مؤثراتها العقدية والثقافية التي تلعب دوراً مهماً في التكوين القانوني الذاتي لشخص الفرد، بحيث تتشكل بحسبها منظومة الحقائق القيمية التي على هداها يُصاغ النظام القانوني أجمع. كل ما هنالك أن هذا إنما يتم في البُعد غير المنظور للنظام القانوني، بحيث لا يبدو ظاهراً منه سوى مخاطبة هذا النظام للكيان القانوني للفرد، أي مخاطبته للشخص القانوني.

وعليه فعندما نقول إن الفرد المعني والمخاطب بالقانون هو الشخص القانوني، فإن ذلك يوقعه داخل أطر القواعد القانونية الرسمية الصادرة عن السلطات المختصة داخل المجتمع أي مؤسسات الدولة المختصة، وهي القواعد التي تأمر الفرد بما يجب أن يكون عليه نشاطه وسلوكه من وجهة نظر السلطة الحاكمة داخل المجتمع، ويصير القانون على هذا النحو نتيجة لانفراد الدولة وحدها بتقدير أنماط السلوك الفردي داخل المجتمع، وتضحى الإرادة الفردية المنتجة للآثار لا قيمة لها سوى في إتيانها للفعل المادي، بينما يرد الفضل في ترتيب هذه الآثار إلى القاعدة القانونية الموضوعة من قبل الدولة[(١)].

١١٢/٢ ـ غير أن الأمر في حقيقته ليس على هذا النحو وحسب، فإذ صار للسلطة الحاكمة داخل المجتمع سلطان واسع في تقدير الحقائق القيمية وأنماط السلوك الفردي، إلا أن الجماعة ـ وهي القوة الثانية التقليدية ـ ظلت تحتفظ لنفسها بجوانب التشكيل القيمي غير المنظور. فالفرد مثلاً، كائن اجتماعي له تجربة طويلة وعميقة في العيش مع الآخرين ومعرفة واسعة بضرورات هذا العيش، كما أنه تعرض منذ الأزل لأنساق فكرية عقدية وفلسفية ساهمت في بناء وعيه الثقافي والحضاري، هذه التجربة الإنسانية لا مراء فيما لها من مرجعية حاكمة، بما تولده في العقل الجمعي، لجملة أفراد الجماعة، من أنساق سلوك وأوضاع نشاطات يعتقد الفرد أنها المرشد للطريق السوي الذي يتلاءم مع ما يتصوره صالحاً له ولجماعته. هذه الأنساق السلوكية والفكرية تمثل أطراً ضابطة لحركة نشاط الأفراد داخل الجماعة، أطراً تستمد لزومها من الاعتقاد الجمعي للأفراد

---

(١) د/ نعيم عطية ـ في الروابط بين القانون والدولة والفرد، دراسة في الفلسفة القانونية ـ دار الكتاب للطباعة والنشر، القاهرة ـ طبعة ١٩٦٨ ـ ص١٢٧، ١٢٨.

بضرورتها، ومن تسلل هذا المعتقد الجمعي إلى وظائف الدولة عبر مؤسساتها المختصة، كالسلطة التشريعية التي قد تتعرض لتشريعات تُعد تقنيناً لأي من هذه الأفكار الجمعية، أو كالسلطة القضائية التي تتصدى مباشرة عند انتهاك أي من تلك الأفكار فتدمغ النشاط المخالف بالبطلان. وفي النهاية ـ أحسب ـ أنه من العسير على السلطة التنفيذية أن تأتي تصرفاً رسمياً، حتى وإن كان مما يعد داخلاً باختصاصها، يناقض هذا الشعور الجمعي العام.

١١٢/٣ ـ من هنا يتبين لنا، أن المعنيَّ بالفرد في النظم القانونية، وإن كان ظاهرياً هو كيانه القانوني، فإن الحقيقة تفصح عن كون بعده الطبيعي الواقعي، إنما هو محل اعتبار دائم لدى هذه النظم. ومن ثم فان تعاملنا مع الشخص القانوني للفرد، لا يكون بمعزل عن دلالات حقائق الواقع.

١١٣ ـ هذا من حيث المقصود بالفرد، أما عن علاقته بالإطار المفاهيمي لفكرة النظام العام فإنه وبحسبان ما ذكرناه في خصوص دلالة هذا الإطار، من كونه أوضاع تكليف اقتضائي ترد على الإرادة، بغية حفظ أسس المجتمع العليا. فإن ثمة من هذه الأوضاع ما يرد مبتغياً صالح الفرد تحديداً. فالفرد بحسبه نواة الجماعة، وأحد غاياتها الأساسية، لا يمكن إغفال بعض مقتضيات شخصه الإنساني، التي هي لضرورات ارتباطها بقيمة الحياة الاجتماعية وصالح العيش المشترك، تستحيل قيمة جمعية، رغم أنها وبذاتها لا تعدو أن تكون قيمة فردية متعلقة بالأساس بشخص الفرد الطبيعي أو الإنساني. وعليه وباستحالتها قيمة جمعية مستهدفة الصون والحماية من قبل النظام القانوني، تصير أحد مكونات الشخص القانوني للفرد. الأمر الذي يضحى معه الإطار المفاهيمي لفكرة النظام العام، منطوياً في قطاع بالغ الأهمية منه على أوضاع تكليف اقتضائي محورها شخص الفرد أي مكونه الإنساني. تلك الأوضاع الحافظة لقيم فردية لها مدلولاتها الجمعية، التي تعد أولى ضرورات العيش المشترك، بحيث يؤدي المساس بها إلى تهاوي الكيان الإنساني للفرد، تهاوياً ينهار معه المجتمع بأسره.

١١٤ ـ ومن حيث إنه بتقدير ما تقدم، يمكن القول بأن هناك أصولاً أربعة للمكون الإنساني للفرد، تترتب عليها أوضاع التكليف الاقتضائي التي محورها الفرد، هذه الأصول الأربعة هي: الإطار العقدي والفكري للفرد، حياة الفرد وسلامته البدنية والعقلية، إطار رباطه الأسري، روابط علاقاته المالية. وتفصيل ذلك:

١١٥ ـ أولاً: الإطار العقدي والفكري للفرد: المقصود به مجموع الأنساق الفكرية والفلسفية التي يدين بها الفرد داخل جماعته، والتي تتشكل وفقاً لها معارفه الأساسية المحددة لعلاقاته بالحياة، من أين هو؟ وإلى أين؟ ولماذا؟ فتبلور إدراكه بجدوى وجوده الذاتي وبخصال هويته، وتقرر له المفاهيم القيمية التي يتحرك داخلها ومن خلالها،

وإطار الأهداف الأساسية المطلوب منه إشباعها طيلة حياته، فضلاً عن حدود علاقاته بالآخر ودوائر انتمائه المختلفة. تلك المنظومة الفكرية والفلسفية والعقدية هي ما نسميه الإطار العقدي الفكري للفرد. هذا الإطار تتنوع مصادره وتتداخل على نحو متشابك، فيأتي المعتنق العقدي ـ الدين ـ على القمة منه، وفي أحوال تواريه يحتل الإطار الفلسفي الفكري العام السائد جمعياً مكانته الأولية. ثم تتشابك العوامل الأخرى في المكانة الثانية، من تجربة إنسانية، وخبرة شعبية موروثة تتناقلها الأجيال، وثقافات سائدة، وأنماط معيشة، من إنتاج واستهلاك وتعامل. من هذا جميعه، تتكون شبكة النظم الفكرية التي تعمل في سياق المعتنق العقدي الفكري السائد. هذه النظم الفكرية هي دوماً محل صون وحماية من قبل النظام القانوني السائد في المجتمع، فما من نظام قانوني إلا وبه من القواعد ما يوفر الحماية لهذه النظم الفكرية، بحسبانها المعتنق العقدي الفكري الذي يُعده الفرد مقدساً روحياً له. فمثلاً تنطوي الدساتير الغربية، ذات المرجعيات العلمانية اللادينية، على نصوص توفر حماية مطلقة لحرية الاعتقاد والتفكير والتعبير ومبادرات العمل، بوصفها أصول المنظومات الفكرية التي شاد الفرد الغربي عليها أسسه الحضارية والثقافية، وتوفر نصوصاً تنطوي على حماية مطلقة للديمقراطية مفهوماً وممارسة، حتى لا تقتلعها في أي لحظة تاريخية الحريات الواسعة ذاتها الممنوحة للأفراد، إذ الديمقراطية ركيزة العمل الجمعي الغربي، ومنها هي والحرية تكونت عناصر فلسفة الفرد الغربي، التي يعُدها لا مناص منها ولا بديل عنها[1]. أما في الدساتير الأخرى بالمجتمعات التي يسود فيها الدين إطاراً عقدياً حاكماً فإننا نجد الحاكمية العليا وفق نصوصه مقررة لأصول هذا الدين، فترد النصوص متضمنة حماية عليا لهذه الأصول صوناً لها مما قد يمسها، كالمادة الثانية من الدستور المصري الحالي ـ دستور ١٩٧١ ـ التي تقرر المرجعية العليا للشريعة الإسلامية حامية أصول هذه الشريعة وكلياتها مقررة حاكمية الإسلام بحسبه دين الدولة، وكالمادة (١٩) التي تقرر أصلاً عاماً في الموقف من المعتنق الديني، بالنص على أن التربية الدينية مادة أساسية بمناهج التعليم العام. ومن جانب آخر نص بالمادة الثانية عشر منه، على التزام المجتمع برعاية الأخلاق وحمايتها وتمكين التقاليد المصرية الأصلية ومراعاة مستويات رفيعة للتربية الدينية والقيم الأخلاقية والتراث التاريخي للشعب والآداب العامة. ما يفيد التقدير الجمعي، الذي انعكس رسمياً بالوثيقة الدستورية للتراث التاريخي والقيمي للشعب المصري بأبعاده الأخلاقية وتقاليده الأصولية. والحق أن هذه النصوص الدستورية كانت استجابة ـ أو على الأصح ترجمة ـ للموقف الجمعي لجملة الأفراد ولشعورهم العام الضاغط بأصل البعد العقدي وأهميته لهم. وهو موقف يستحيل أن يخلو عنه نظام

---

(١) د/ مصطفى أبو زيد فهمي ـ النظرية العامة للدولة ـ المرجع السابق ـ ص٦٧ وما بعدها.

قانوني بأي مجتمع مهما كان شأواه الحضاري أو تجربته الإنسانية.

١١٦ ـ **ثانياً: حياة الفرد وسلامته بدنياً وعقلياً:** الفرد نواة المجتمع، وهو كائن يميل غريزياً للاجتماع، وذلك بدافع حماية نفسه مما قد يتهدده من مخاطر لا قبل له وحده بدفعها، فكان ذاك الباعث البدائي للاجتماع البشري حيث تتعاضد الجهود الفردية لدفع ما يعترض الفرد من أخطار تتهدده في نفسه وحياته وجسده. وظل هذا الباعث قائماً حتى بعد ظهور المجتمع البشري، إذ بعد أن أمن الفرد نفسه من مخاطر الخارج، ظهر خطر أفراد مجتمعه الآخرين بما يتصور من احتمال ممارستهم سلوكيات عدوان عليه، الأمر الذي أدى إلى إيجاد قواعد قانونية توفر لكل أفراد الجماعة الحماية والصون من كل الاعتداءات المتصورة التي يمكن أن تنال حياتهم أو سلامة أجسادهم من قبل باقي أفراد جماعتهم. لذا فما من نظام قانوني إلا وحظر القتل والعدوان، وحظر الاعتداء على الغير بالضرب أو القطع ـ بل إن ثمة مجتمعات جاء حظرها للقتل مطلقاً فحظرت حتى عقوبة الإعدام إطلاقاً ـ. فتنص المادة (٤٥) من دستور مصر الحالي على أن «لحياة المواطنين حرمة يحميها القانون . . .»، كما تنص المادة (٤١) منه على أن «الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس . . .»، وتنص المادة (٤٢) منه على أن «كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته بأي قيد تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامته، ولا يجوز إيذاؤه بدنياً أو معنوياً . . .».

١١٦/١ ـ ومن جانب آخر، كان عقل الفرد دوماً موضع عناية ورعاية خاصة منذ بدء الخليقة. فما من جماعة تكشف لها ما قد يضر بعقل الإنسان، سواء عضوياً أم معنوياً، إلا وأخضعته للحظر المطلق. فالمخدرات على الرغم من معرفة البشرية لها منذ الأزل فإنها خضعت دوماً لدوائر حظر شبه مطلقة. وكذا الخمر، فرغم انتشارها وارتباطها بدوائر الصناعة والتجارة، وضرورتها اقتصادياً لعديد من الدول على نحو ما استحال معه إخضاعها لحظر رسمي من قبل السلطات الحاكمة، إلا أنه أتي دوماً على القمة من أولويات المحظورات الصحية، وفي حالات معينة عد تناول الخمر مكوناً بذاته جريمة، كما في قيادة السيارات تحت تأثير الخمر، بل إن الجماعات التي تدين عقدياً بأصول دينية كالجماعات المسلمة حظر عليها الخمر ديانة ـ والمخدرات من باب أولى ـ حظراً مطلقاً.

١١٦/٢ ـ وثمة أحوال أخرى من الحماية العقلية والذهنية والجسدية، أولاها المشرع جل اهتمامه، حفظاً لحال الإنسان العضوي والعقلي، كما بحظر تعذيب الفرد أثناء التحقيق معه وبحظر إكراهه على الاعتراف، الأمر الذي صار أصلاً من أصول الحقوق الأساسية للإنسان[1]، على ما تقرر بموجب نص المادة (٤٢) من الدستور آنفة الذكر.

---

(١) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي ـ المرجع السابق ـ ص١٤١، ١٤٢.

١١٦/ ٣ ـ وعلى الجملة صار الفرد مركزاً قانونياً في ذاته، يحوز بحكم تعينه شخصاً قانونياً على هذا النحو، عدداً من الحقوق الخاصة والعامة، فضلاً عن عدد من الحريات لصيقة الاتصال بوجوده الإنساني القانوني، وقد صار لتلك الحقوق والحريات من قداسة الحفظ والصون ما حدا بالدستور في المادة (٥٧) منه إلى اعتبار «كل اعتداء على الحرية الشخصية أو الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون، جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية عنها بالتقادم. وتكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء».

١١٧ ـ **ثالثاً: إطار الرباط الأسري للفرد**: والمقصود به حق الفرد في الحفاظ على روابطه العائلية، وحقه في تكوين أسرته الخاصة، فضلاً عن حقه في التناسل. وهي جميعها حقوق لصيقة بالمكون الشخصي للفرد، التي لا استقامة لحياته دون توافر الضمانات الكافية لتحقيق هذه الضروريات. الأمر الذي يثبته واقع المجتمعات جميعها التي تشجع الأفراد على الزواج والارتباط الأسري. غير أن من المنظومات العقدية ما يزيد على ذلك، فيضبط أطراً محددة لممارسة هذه الحقوق، وذلك صوناً لكرامة الإنسان وضبطاً لدوائر الروابط الأسرية والعلاقات الاجتماعية التي يتوقف نطاقها ومن البداية على الإطار العقدي أو الفلسفي الحاكم داخل المجتمع. فعلى حين نجد الدول الليبرالية الغربية التي ليس لها مرجعيات دينية، تتعامل مع هذه الأطر بمدلولات واسعة فضفاضة مبيحة العلاقات غير المنضبطة بالإطار الأسري، نجدها في الوقت نفسه تشجع الدخول في علاقات أسرية منتظمة وتشجع التناسل. وكذا نجد المجتمعات الشرقية ذات المرجعيات الدينية، تضع ضوابط منتظمة للعلاقات الاجتماعية العائلية، وتحرم أي صورة من صور الاتصال خارج منظومة الأسرة. فالدستور المصري الحالي كما ينص في المادة (٩) منه على أن الأسرة أساس المجتمع وقوامها الدين والأخلاق والوطنية، يقرر في النص نفسه حرص الدولة على الحفاظ على الطابع الأصيل للأسرة المصرية وما يتمثل فيه من قيم وتقاليد، كما لتنص المادة (١٠) منه على كفالة الدولة حماية الأمومة والطفولة ورعايتها النشء والشباب. الأمر الذي يتبين منه، أن الدولة لا تبيح للأفراد فرص ممارسة حقوقهم الأسرية والاجتماعية الخاصة وحسب، بل إنها فضلاً عن ذلك تنظر للأسرة بوصفها قوام الجماعة التي يتعين تذليل جميع ما يعترضها من صعاب وذلك كله في إطار المفاهيم الدينية والأخلاقية السائدة والتقاليد الموروثة التي تضبط هذا الحق الفردي.

١١٨ ـ **رابعاً: روابط علاقات الفرد المالية**: والمقصود بها صون حقوق الفرد المالية وحفظ ممتلكاته وأمواله من كل صور العدوان المتصورة. فالثابت بالتجربة التاريخية أن الملكية إحدى الغرائز لصيقة الصلة بشخص الإنسان، التي في فقدها فقدان لأحد أهم

محفزات العمل والإبداع. ولا أدل على ذلك من الانهيار الذي لحق منظومة الفكر الماركسي بالمجتمعات الشيوعية التي دانت به، إذ بفقد الفرد لحقه في التملك، حصل فقدان للرغبة الفردية في العمل والمبادرة مما أدى إلى تقوض المجتمع بأسره وانهياره بالشكل المؤثر الذي حدث. وعليه يكون للفرد دوماً ثمة حق ثابت في التملك، وآخر ثابت في حفظ ما يتملكه، وثالث في حقه استخدام ملكه على نحو مشروع. وهي حقوق شخصية بالأساس، يتم حمايتها جمعياً بالنصوص القانونية التي توفر لها أفضل صون. وهي حقوق تفرع عنها مجموعة أخرى من الحقوق المرتبطة عرفت بالحريات الاقتصادية، من حرية تجارة وحرية صناعة وحرية عمل. والحق أن هذه الروابط المالية للفرد نجدها دوماً محاطة بعدد من القواعد القانونية التي تضمن أصل وجودها كما توفر سند حماية لها. من هذه القواعد تلك المنظمة لمسائل الميراث، التي تعد من أهم وسائل نقل الثروة داخل المجتمع، وكذلك القواعد التي تمنع السرقة وصور الاعتداء الأخرى على أموال الغير أو الاتفاق على هذا الاعتداء، والقواعد التي تحمي الملكية الفردية وتصون الأموال الخاصة.

١١٩ ـ خلاصة: هذه المجموعات الأربع من أصول المكون الضروري للفرد تُكون ذلك الجزء من نطاق الإطار المفاهيمي لفكرة النظام العام، الذي يرتكز محوره حول الفرد، باعتباره أحد قوى المجتمع التقليدية. بحيث إنه إذا أمكن تصور هذا الإطار في مستويات متراتبة، نجد هذا الجزء منه مشكلاً أول مستوياته، أي المستوى القاعدي له الذي يضم من القواعد القانونية ما يعبر عن أصول ومفردات هذه المجموعات الأربع. وعلى ذلك فإن المستوى القاعدي لفكرة النظام العام ينطوي على القواعد القانونية التي تترجم في جانب منه أصول المكون الضروري الإنساني للفرد. فالقواعد القانونية التي تنطوي على بيان للأطر العقدية أو الفلسفية التي يعتنقها الفرد ديانة، والتي تحدد أصول المرجعية الحياتية للفرد، وكليات المفاهيم الفكرية الضابطة له، تكون لها الحاكمية على باقي قواعد النظام العام قاطبة. وكذا القواعد القانونية التي توفر حماية لحياة الأفراد وسلامتهم البدنية والعقلية والذهنية، وتلك التي تتعامل مع الروابط الأسرية للأفراد وأطر العلاقات الشخصية، وأخيراً القواعد التي توفر حماية كاملة للأوضاع المالية للفرد، من صون للملكية الخاصة وضبط لعمليات انتقال الثروة عن طريق الميراث. فجميعها تستقر بالمستوى القاعدي الذي يشكل أول مستويات الإطار المفاهيمي لفكرة النظام العام. الأمر الذي نخلص معه، إلى كون الفرد ـ أول القوى التقليدية في المجتمع ـ يشغل الإطار الارتكازي لمفهوم فكرة النظام العام، والقواعد القانونية الأساسية المتعلقة بضرورات وجوده الإنساني، تشغل المستوى القاعدي من إطار مفهوم فكرة النظام العام.

١٢٠ ـ الجماعة قوة خالقة لقواعد النظام العام: بيد أنه من الخطأ الكبير، تصور الفرد على كينونته المنفردة تفرداً فحسب، بحيث يرد التعامل معه من خلال شخصه القانوني ببعد وحيد هو وجوده الواقعي الطبيعي. إذ الفرد «مدني بطبعه وهو جماعي بطبعه، ولا يوجد فرد بغير جماعة، وإن وجوده بغير جماعة هو أقرب إلى التصورات الصورية الافتراضية»[١]. ومن ثم يغدو محالاً التعامل القانوني مع الفرد، دون مراعاة بعده الجمعي، أي دون أن تكون الجماعة محدداً رئيسياً لهذه المعالجة القانونية. وعندما نذكر الجماعة في هذا الصدد، فهي الجماعة السياسية على عمومها، المتألفة من جماعات فرعية متعددة متداخلة متشابكة. ذلك أنه في أي مجتمع يوجد ثمة وحدة انتماء عامة أساسية ينتظم على أصلها المجتمع، هذه الوحدة هي التي تصهر أفراد المجتمع في بوتقة شعورية ومصيرية واحدة، فتتكون منها الجماعة السياسية العامة التي تشخصها الدولة بوصفها سلطة حاكمة داخل هذا المجتمع. هذه الجماعة السياسية العامة، يشكلها عامل أساسي هو الوضع التاريخي الاجتماعي المعاش، بما يبلوره هذا الوضع من تعيين للتحديات المحيطة، التي تواجهها الجماعة في كل مرحلة تاريخية تمر بها، وبلورة لكيفية التعامل مع هذه التحديات والاستجابة لعناصرها[٢].

١٢١ ـ تعدد وحدات الانتماء الجمعي: غير أننا نقع بذات الخطأ ـ الوارد في التعامل القانوني مع الفرد كياناً شخصياً متفرداً ـ إن تعاملنا مع الأفراد بحسب انتمائهم السياسي العام فحسب، أي بوصفهم أعضاء بالجماعة السياسية العامة. إذ الأفراد ليسوا حبوباً بأجولة حب، حبوباً متماثلة من غير تنوع أو تدرج أو تفاعل بين بعضها البعض[٣]، وانما هم على خلاف ذاك، تضمهم وحدات انتماء متعددة، داخل الإطار الشامل للانتماء السياسي العام، يمكن تسميتها وحدات الانتماء الفرعية. وهي وحدات انتماء لا حصر لها وتصنف بحسب معايير تصنيف متعددة، قد تكون ذات أساس ديني أو مذهبي أو ملي، وقد تكون ذات مشارب ثقافية أو طائفية متباينة، وقد تكون أساسها اللغة أو اللهجة، كما قد تكون ذات أساس يتأصل على نوع التعليم أو المهنة أو الحرفة أو وحدة العمل الوظيفي كالجيش أو الجامعة أو الشركة أو أي وسط عمل، وقد تكون قائمة على أساس الانتماء الإقليمي أو للحي أو القرية أو الحارة، أو يكون أساسها القبيلة أو العشيرة أو الأسرة، أو غير ذلك مما لا يقع تحت حصر من حيث العدد أو النوع أو معيار التصنيف[٤]. هذا

---

(١) طارق البشري ـ منهج النظر في النظم السياسية المعاصرة لبلدان العالم الإسلامي، سلسلة الدراسات السياسية والاستراتيجية ـ منشورات مركز دراسات العالم الإسلامي ـ الطبعة الأولى ـ ١٩٩١ ـ ص٦١.

(٢) المرجع السابق ـ ص٥٧. (٣) المرجع السابق ـ ص٦٢.

(٤) طارق البشري ـ المرجع السابق ـ ص٥٥.

التعدد في وحدات الانتماء الفرعية، يُكوِّن جماعات فرعية تختلف فيما بينها مستويات الشعور بالانتماء إليها، بالنسبة للمندرجين فيها، وهي وحدات متداخلة الفرد ينتسب فيها لعدد غير محصور منها، حسب معايير الانتماء المتخذة أصلاً للتعيين.

وعليه فإن كان ثمة وحدة عامة جامعة، فإن هذا لا ينفي تكونها من وحدات جزئية فرعية متعددة ومتداخلة، حيث يتوزع انتماء الفرد الواحد بينها، دون أن يكون في ذلك إخلال بانتمائه الأصلي للجماعة العامة.

١/١٢١ ـ هذه الشبكة المتداخلة من العلاقات التي يجد الفرد نفسه فيها، بمحدداتها الجمعية المتنوعة ما بين الأساسي العام والفرعي الخاص، هي التي تكون وضعه القانوني. فإن كـان ثمة أصول أربعة للمكون الضروري الإنساني للفرد تتشكل منها أطر القواعد القانونية الكلية وثيقة الصلة بهذا الكيان، وهي التي تمثل المستوى القاعدي للإطار المفاهيمي لفكرة النظام العام وبالتالي المستوى القاعدي لقواعد النظام العام، فإن الطابع الجمعي للفرد وانتماءاته الفرعية المتعددة، المحاطة بانتمائه العام الأشمل لجماعته السياسية الأصيلة، هذا الطابع يشكل محدداً أساسياً في ضبط الأصول الأربعة لمكونه الضروري الإنساني. أي إن الأطر الأربعة للقواعد القانونية الكلية المذكورة، لا تستمد عناصر تكونها من ذلك المكون وحده، وإنما فضلاً عنه، تمثل الجماعة السياسية الأصلية التي ينتمي إليها الفرد وجماعاته الفرعيـة الأخرى التي ينتمي إليها بعلاقات متداخلة متشابكة، عناصر أساسية في ضبط أصول هذه الأطر المشار إليها وتحديدها.

١٢٢ ـ الانتماء الجمعي قيد على الحقوق الفردية: الأمر الذي يتبين معه أن المستوى الارتكازى القاعدي لمفهوم النظام العام لا يخص الفرد وحده، وإنما تداخله الجماعات أيضا ـ السياسية والفرعية ـ بما تمثله من محدد ضابط لأطر المكون الضروري الإنساني للفرد باعتبارها فاعلاً في البناء القاعدي لهذا المستوى. فضلاً عما تبلوره من ضرورات الوجود الجمعي ذاته على ما سوف يتبين لاحقاً. ذلك أن الجماعة ـ أكانت السياسية العامة أم الفرعية ـ وإن تكونت من عدد من الأفراد، فإنها تتميز بخصوصية المجموع، أي أن ثمة ما يميز بينها وبين كل فرد من الأفراد المكونين لها، هذا المميز يكمن في الهيئة الجمعية الناتجة عن تجمع أولئك الأفراد، كما يكمن في خصوصية ظرف هذا التجمع أي في طبيعة عنصر الانتماء المشترك بينهم، إذ تتولد لهذه الجماعة حاجات يمكن تسميتها ضروريات الوجود الجمعي، هذه الضروريات وإن كانت بالنهاية في صالح أفراد الجماعة، إلا أنها تمثل ضابطاً لهم، كل على مستواه الفردي، بحيث تغدو حقوقه المتولدة عن أصول مكونه الإنساني الأربعة منضبطة تحديداً بمقتضيات ضروريات هذا الوجود الجمعي. فإن أخذ بالاعتبار تعدد دوائر انتماء الفرد الواحد، وانتسابه لعدد غير محدود من الجماعات الفرعية، علاوة على انتمائه الأساسي

للجماعة السياسية العامة، أمكن تخيل شبكة الضوابط والمحددات المنتظمة لأطر أصول مكونه الضروري الإنساني الأربعة.

١٢٢/١ ـ ودلالة على ما تقدم، إن الناظر إلى أول أصول المكون الضروري للفرد، ذلك الإطار العقدي الفكري الخاص به، يجد أن ثمة ما يرد بحكم الوضع الجمعي للفرد فيمثل محدداً لضبط حال إيمانه بأنساق معتنقه الفكري والفلسفي. ذلك الإيمان الذي وإن كان يبدو مطلقاً في حدود علاقة الفرد بذاته، إلا أنه وفي حدود علاقته بما ينتمي إليه من جماعات ـ أكانت سياسية عامة أم فرعية ـ، يتعين أن يكون دوماً منضبطاً بحدود معتنق هذه الجماعة، فلا يستطيع الفرد أن يمارس من معتنقه إلا بالحدود التي لا تثير حفائظ جماعته، حتى وإن كان من شأن هذا حرمانه من قدر مما يبتغيه لكمال معتنقه فكرياً وفلسفياً. الأمر الذي يلحظه المشاهد، بأحوال جماعات الأقليات التي تعيش بكنف جماعات سياسية عامة تؤمن بمعتنق فكري وفلسفي ـ أو ديني ـ مباين لذلك الذي تنتمي إليه الجماعة الفرعية المكونة للأقليات. فالجماعة السياسية، وإن حفظت لأفراد الأقليات حقهم في الإيمان بمعتنقهم المخصوص أو حقهم في الانتماء لموروث ثقافي متميز، إلا أن هذا يتعين دوماً أن يكون منضبطاً بالوضع الكلي للمعتنق الجمعي العام أو بالثقافة الغالبة داخل الجماعة السياسية العامة. فليس بمستطاع الفرد المنتمي لأي من جماعات الأقليات، أن يفرض آراءه المخصوصة على أفراد الجماعة السياسية العامة، أو أن يطرح أنماطاً من المعايش تناقض النمط السائد جمعياً، أو أن ينتهك الشعور الجمعي العام بالمساس بأصول معتنقه أو موروثه الثقافي أو كلياته الأساسية. وكل ذلك قيود ترد على الفرد المنتمي لجماعات الأقليات وهو بصدد ممارسة مميزه المخصوص. وهي قيود لا محيص عنها على الرغم من انتقاصها من مستلزمات أصول معتنقه أو نيلها من أنساقه الفكرية والثقافية. إذ هو بحال اضطرار للتضحية بهذا الشق اليسير، لأجل ضرورات العيش المشترك داخل الجماعة السياسية العامة.

تطبيقات من الدستور المصري:

١٢٣ ـ **في حرية العقيدة:** لذا فإن كان الدستور المصري الحالي ـ دستور ١٩٧١ ـ قد نص بمادته (٤٦) على أن الدولة تكفل حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية، وساوى بمادته (٤٠) بين جميع الأفراد المنتمين للجماعة المصرية الشاملة دون تمييز بينهم لأي من الأسباب كالجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة. فإن ذلك ليس على إطلاقه، حيث جاءت المادة الثانية فيه ضابطة لهذا الإطلاق، بنصها على كون الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع. وهما النصان اللذان ينضبطان بالمادة (٩) منه، التي تؤكد الحرص على الطابع الأصيل للأسرة المصرية وما تمثله من قيم وتقاليد، ما يفيد التوكيد على

منظومة أنساق الموروث الثقافي المصري العام. وينضبط ما تقدم جميعه أيضاً، بالمادة (١١) من الدستور، التي وإن قررت المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة، إلا أنها حددت ذلك بكونه: دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية وذلك ـ قطعاً ـ معتنق الكثرة الغالبة داخل الجماعة المصرية. وعليه فإن كان من الجائز للفرد المنتمي للجماعة المصرية، أن يعتقد فيما يشاء وأن يمارس من طقوس معتنقه وشعائرها كيفما شاء، فإن ذلك لا يجوز أن يكون على نحو يشكل انتهاكاً للأصول الإسلامية صاحبة الغلبة جمعياً، كالتعريض بإنكار المقدسات الإسلامية أو التصريح بإنكار الربوبية أو ببعث محمد خاتماً للرسل والأنبياء أو الدعوة إلى أي من هذا. إذ من شأن ذلك المساس بأصول الغلبة الجامعة، التي تشيد عليها الجماعة المصرية أسسها وكلياتها. وإن شاء المرء اعتناق أي من الأفكار أو المعتنقات فله ذلك، شريطة ألا يكون في الإعلان عنها انتهاك لمعتنق الجماعة الغالب، وإلا غدا بذلك قد مس بحقه المخصوص حق الجماعة المصرية العام. فحق الفرد في حرية الاعتقاد يقف عند حدود عدم الإضرار بأصول المعتنق الجمعي الغالب. بل إن الأمر أحسبه ليتجاوز ما سلف ذكره، إذ أن الحق في حرية العقيدة ذاتها من حيث المبدأ، منضبط بأصول الشريعة الإسلامية، فالأخيرة إن أجازت لغير المسلم العيش آمناً بالجماعات المسلمة، إلا أنها لا تجيز للمسلم ذاته أن يبدل معتنقه إلى غير الإسلام، فيما يسمى بالردة. وعليه فإن ارتد مصري مسلم عن دينه إلى غيره، فإن ذلك ونظراً لما يرتبه من خرق لأصل من أصول الشريعة الإسلامية، يرتب آثارا تمس بعض من أصول مكونه الإنساني الأخرى، كحرمانه من الميراث والتفريق بينه وبين زوجه، أي أنها تفضي إلى قالة موته المدني.

١٢٣/١ ـ وقد يُدعى بأن في ذلك مخالفة لصريح نص الدستور الكافل لحرية العقيدة بل المساوي بين الجميع دون تمييز لسبب كالعقيدة، والحال أنه ليس في ترتيب الآثار المذكورة ما يمكن اندراجه في باب القيد على حرية العقيدة، التي تستلزم وجوباً ألا يضار المركز القانوني للفرد نتاج استخدامه لهذه الحرية. إذ الحقوق المكفولة دستوراً والتي تندرج ضمن أي من أصول المكون الإنساني الأربعة، لا ترد على سبيل الإطلاق، وإنما هي منضبطة دوماً بما أسميناه «ضرورات الوجود الجمعي»، أي أنها منضبطة كلياً بحاجات الجماعة السياسية العامة وجزئياً بحاجات الجماعات الفرعية التي ينتمي إليها الفرد. هذه الضروريات الجمعية في شق منها تضم أطر الأصول والكليات التي تتأسس عليها كيانات هذه الجماعات ـ السياسية العامة أو الفرعية ـ، بحيث يغلب دوماً الصالح الكلي العام على الصالح الجزئي الخاص. فداخل الجماعة السياسية العامة، إن تعارضت مصلحة هذه الجماعة مع صالح أي من الجماعات الفرعية، وجب تغليب الأولى مع مراعاة صوالح الأخيرة وحفظها قدر الإمكان. وإن تعارضت مصلحة

أي من الأفراد مع مصلحة أي من هذه الجماعات ـ السياسية العامة أو الفرعية ـ، وجب تغليب صالح الجماعة على الصالح الفردي. وعليه فإن كانت أصول الشريعة الإسلامية منها ما يحظر الارتداد عن الإسلام، عد ذاك من ضروريات الوجود الجمعي المصرية، بحسبان تلك الأصول من العناصر الأساسية المكونة لهذه الجماعة، التي تدين الغالبية العظمى منها بالإسلام. ومن ثم والحال هذه، تعين على الفرد أن يضبط الحق المكفول له في حرية الاعتقاد بضوابط أصول الشريعة الإسلامية، أي بضوابط ضروريات الوجود الجمعي مما يلزم المسلم بعدم ممارسة حقه هذا على نحو مخالف لأصل من الأصول الشرعية الإسلامية. فإن هو خرق أياً من هذه الضروريات الجمعية الإسلامية، التي صارت ضروريات مصرية، فلا معدى من رد تصرفه المعين، بإبطاله إهداراً له وتوقيفاً لكافة آثاره، وهو ما قد يشكل حرماناً له من بعض ضروراته الفردية، لأن طعن الجماعة في ضرورياتها يحرك لها حقاً في الدفاع عن نفسها، حتى وإن كان من شأن هذا الدفاع طعن الفرد في ضرورياته[١].

١٢٤ ـ **في اللغة العربية**: والحال ذاته، في خصوص اللغة العربية بحسبها اللغة الرسمية للجماعة. فاللغة العربية إحدى مقومات الجامعة المصرية، ومن ثم فهي من ضروريات الوجود الجمعي للجماعة المصرية فلا فكاك من وجوب استخدامها. فإن وجد فرد مصري لا يستطيع تحدثها ـ أو استخدامها ـ أو لا يريد ذلك، فهو وشأنه بهذا الخصوص، بل ولا تثريب عليه، كون الدستور كفل المساواة بين الجميع دون تمييز بسبب اللغة. غير أنه لا يجوز له التخاطب رسمياً بغير اللغة العربية، ولا يجوز له ـ من باب أولى ـ أن يدعو إلى هجر اللغة العربية إلى غيرها. بل أحسب أنه لا يجوز له أن يشيع لغته الأعجمية داخل الجماعة المصرية، لما فيه من إهدار لأحد أهم أصول المكون الجمعي المصري، وتغريب للحاضر عن ماضيه المتأصل على اللغة العربية.

١٢٥ ـ **في الحق في الحياة**: وإن نظرنا إلى الأصل الثاني من أصول المكون الضروري الإنساني للفرد، وهو حق الفرد في الحياة وحقه في سلامته بدنياً وذهنياً، فالدستور وإن كفل حق التعليم (م/١٨)، وحرية الفرد في التعبير عن رأيه وكفل حرية الصحافة والطباعة والنشر (م/٤٧)، وكفل حرية البحث العلمي والإبداع الأدبي والفني والثقافي (المواد ١٩، ٢٠، ٤٩)، وهي جميعها من الحقوق وثيقة الصلة بحق الإنسان في سلامة ذهنه وعقله، فإن كل هذا لا يمكن أن يستوي على إطلاقه، وإنما هو يتعين أن يمارس فردياً داخل الأطر الجمعية الجامعة. فلا يجوز أن يستخدم حق التعبير في

(١) في شأن الردة والآثار المدنية المترتبة عليها، وعدم تعلق أحكامها كافة بحرية العقيدة أصلاً، راجع: الدكتور محمد سليم العوّا، الحق في التعبير، دار الشروق، ١٩٩٨، ص٢٣ ـ ٢٩.

النيل من الموروث الجمعي للجماعة المصرية المكفول دستوراً بالمادة (١٢)، أو للنيل من الآداب العامة (ذات المادة)، أو للنيل من الوحدة الوطنية أو في إفشاء أسرار الدولة (م/ ٦٠). وكذا لا يجوز أن تمارس هذه الحقوق، على نحو يتعارض مع أصول الشريعة الإسلامية مما قد يتضمن نيلاً من الإسلام أو نيلاً من أي من فروع الإيمان به أو تشكيكاً بأي منها. فإذا ما كانت تلك الحقوق المذكورة مكفولة جمعياً بوصفها أحد أصول المكون الإنساني للفرد، فثمة من أصول للمكون الجمعي للجماعة، ما يلعب دور الضابط والمحدد لتلك الحقوق والحريات الفردية المستمدة من أصول المكون الضروري الإنساني، حيث تنتظم الأخيرة داخل أطر الأولى.

١٢٦ ـ **في الحقوق المالية:** والأمر ذاته بمجال الإطار الخاص بروابط علاقات الفرد المالية، أحد أصول المكون الإنساني الضروري للفرد، فالمشاهد أن ثمة من القواعد الجمعية ما بات منتظما هذا الإطار، على نحو ضابط ومحدد للحقوق والحريات وثيقة الصلة بهذا الإطار، وهو ما كان نزولاً على ضرورات الوجود الجمعي. فحق الفرد في التملك وفي استخدام ملكه، وإن كان حقاً أصيلاً يثبت للفرد بحكم وجوده الإنساني، إلا أنه لا يرد على إطلاقه، فثمة من القواعد ما يضبط حدود حركة هذا الحق. فحق التملك كما يقرر لصاحبه مزاياه كافة، فإنه يلزمه بمقابل لتلك المزايا مشاركة منه في الاضطلاع ببعض الأعباء عن الجماعة، وهو ما يعرف بالضرائب. كما أنه قد يقيد حق الملك بحدود معينة كتقييد الملكية الزراعية بمقدار معين. وفي كل الأحوال ليس للفرد حق مطلق في استخدامه لملكه، إذ يتعين بداية ألا يضار أحد من وراء استخدامه لهذا الملك، وفضلاً عن ذلك وفي أحوال محددة، قد يجازى الفرد إن أهمل استخدام ملكه كلياً، كما في أحوال تبوير الأرض الزراعية، لما في ذلك من تبديد للثروة الجمعية للجماعة. هذا كله رغم أن الملكية الخاصة مصونة غير جائز المساس بها سواء بفرض الحراسة عليها، أو نزع ملكيتها لغير المنفعة العامة ولقاء مقابل عادل (م/ ٣٤ دستور)، أو بالمصادرة التي لا تجوز البتة إلا إذا كانت خاصة وبمقتضى حكم قضائي (م/ ٣٦ دستور). ومن صور انضباط الملك الخاص بالحاجات الجمعية، التزام رؤوس الأموال الخاصة بأوجه النشاط الاقتصادي المحددة من قبل السلطة السائدة داخل الجماعة السياسية العامة، بحيث يتعذر عليها المبادرة فردياً في أوجه نشاط مختلفة، وذلك كله نزولاً على مقتضيات الضروريات الاقتصادية للوجود الجمعي.

١/١٢٦ ـ **الانتماء لجماعة فرعية قيد على الفرد:** وهو ما يتحقق أيضاً على مستوى الجماعات الفرعية، التي يكون معيار الانتماء فيها حرفي أو مهني أو اقتصادي. إذ تقرر الجماعة شروط انتظام الفرد في الحرفة أو المهنة أو النشاط الذي تمارسه، صوناً لهذا

العمل وحماية له، وهو ما قد يُعد بذاته تقييداً من حق الفرد في ممارسة النشاط الاقتصادي الذي يبتغيه. فعلى الرغم من كون حق الفرد في اختيار عمله وطريق التكسب المادي من الحقوق وثيقة الصلة بإطار الروابط المالية للفرد، نجد هذا الحق غير مقرر على إطلاقه، حيث تنتظمه ضروريات الوجود الجمعي، على مستوى الجماعة الفرعية ذاتها، ممثلة في شروط التأهل لممارسة العمل. ومن ثم فهي شروط الانتماء للجماعة ذاتها التي تعد قيداً على حق الفرد في ممارسة هذا العمل.

١٢٦/٢ ـ والحق في التعاقد قد ترد عليه قيود: وكذا الأمر ذاته في التعاقدات الفردية، إذ قد يرد ثمة ما يقيد حق الأفراد في التعاقد فيما بينهم، وذلك نزولاً على ضروريات الوجود الجمعي، كما في الضمانات المكفولة قانوناً للأطراف الضعيفة في التعاقدات، كوضع حدود دنيا للأجور أو حدود قصوى لساعات العمل، أو الاستقرار على إبطال صور شرط الإعفاء من المسؤولية في التعاقدات الفردية كافة. فهي جميعها تُعد إنقاصاً من حق الأفراد المطلق في التعاقد كيفما تنعقد عليه إراداتهم، وإن كان النقصان عندئذ إنما هو في صالح المتطلبات الجمعية التي تهدف إلى منع الظلم داخل الجماعة، مراعاة لعدالة توزيع الثروة الجمعية ورفعاً من مستوى المعيشة وربطاً للأجر بالإنتاج، وضماناً لكفالة توازن في الفروق بين الدخول (م/٢٣ دستور).

١٢٧ ـ ولعل الأمر الذي نقول به من كون الجماعة، أكانت السياسية العامة أو تلك الفرعية، هي محدد ضابط دوماً لأصول المكون الإنساني للفرد، حيث تأتي ضروريات الوجود الجمعي، منظمة لممارسة الفرد لحقوقه المتولدة عن أصول مكونه الإنساني المذكورة، فتقيد من إطلاق هذه الحقوق وتحد من غلواء فرديتها، أحسب أن ما نقول به ليس بجديد، إذ الفرد ورغم طابعه الاجتماعي الميال إلى غيره من الأفراد، أناني النزوع، يسعى لإشباع رغباته وشهواته من متاع الدنيا، غاضاً الطرف عن غيره من أفراد جماعته[١]، مما قد يؤدي إلى تصادم شديد بين المصالح الفردية ذاتها تصادم إن حدث على نطاق جمعي واسع، انهارت الجماعة السياسية الجامعة بأكملها. الأمر الذي لا ينتظم أوده وينضبط اعوجاجه إلا بتغلب الطابع الاجتماعي للفرد، فيه، على خصال أنانيته الفردية. وهنا يتعين دور الجماعة باعتبارها هيئة الأفراد المنتظمين جمعياً داخل إطار من العيش المشترك والمصير الواحد، لتدافع عن كيانها ضد صور العدوان الفردي المتصورة، وذلك بتنظيم عدد من القواعد العليا التي تحسبها ضرورية لاستمرار وجودها، فحسبها كونها من «ضروريات الوجود الجمعي»، لينضبط السلوك الفردي داخلها، مؤطراً بحدودها من دون مجاوزة. الأمر الذي عبر عنه الفقيه إهرنج

---

(١) الدكتور حسن الساعاتي ـ المرجع السابق ـ ص٢٨ وما بعدها.

R.Voon Jhering، فيما ذهب إليه من كون المجتمع كتلة من المصالح المتنافسة، يؤدي الصدام غير المقيد بينها إلى الفوضى والاضطراب[١]، ما تأتي معه القواعد القانونية العليا ـ التي هي ترجمة قانونية لضروريات الوجود الجمعي ـ وسيطاً غير متحيز بين هذه الصوالح المتنافسة، لفض هذا التنازع. هذه القواعد هي ما أطلق عليها الفقيه إرليخ Ehrlich[٢] اصطلاح «القانون الحي» بوصفها المبادئ الاجتماعية القائمة التي تضبط المجتمع في جوانبه كافة، إذ المجتمع عنده مجموعة من مجموعات الكائنات البشرية التي يتألف منها كيان له نظام داخلي يهيمن على الحياة فيها، هذا النظام هو ما يطلق عليه القانون الحي.

١٢٨ ـ **تحديد ضرورات الوجود الجمعي**: وعليه ومما تقدم، يمكن حصر ضرورات الوجود الجمعي في ثلاثة مكونات أساسية، هي العدل والاستقرار والتقدم الإنمائي. كل مكون منها يضم إليه، عدداً من الأصول التي تدخل على أصول المكون الإنساني للفرد، لتنتظمه على النحو الذي تنضبط معه الحقوق الفردية المتولدة عن هذا الأخير.

١٢٨/ ١ ـ فأما العدل، فهو منع صور الظلم والعدوان المتصورة داخل الجماعة العامة كافة، وإتاحة توازن بين جميع أفراد هذه الجماعة في الفرص، وفي امتلاك الثروات الجمعية، والمساواة في الحقوق والواجبات، وتوفير أقصى ما يمكن من التكافل الجمعي. هذا التصور للعدل لا يمكن تحققه، إلا بتقدير متوازن بين كل من ضروريات الفرد الأساسية وضروريات الجماعات الفرعية، وخلق توازن مماثل بينهما معاً وبين ضروريات الجماعة العامة، على نحو يحول دون الافتئات على أيها لصالح أحدها، اللهم إلا في حالة التعارض الكامل الذي لا فكاك معه من تغليب واحدة من هذه الضرورات على الأخرى أي بتغليب العام في مواجهة المخصوص، وهذا التغليب بدوره يتعين أن يكون في حدود مقتضياته دون زيادة أو إفراط.

١٢٨/ ٢ ـ وأما الاستقرار، فهو توفير الأمن للجماعة العامة بأكملها، بحفظ حياة الأفراد وأعراضهم وأموالهم، وحفظ وجود الجماعات الفرعية واستمرار دوامها وعدم العدوان على عناصر انتماءاتها المميزة لها، دون افتئات على الانتماء السياسي الشامل للجماعة العامة. كما يتحقق الاستقرار بحفظ الأمن الخارجي، وذلك بإعداد القوة الكافية لزجر، وعند الحاجة رد، الغير عن الاعتداء على الجماعة السياسية العامة. وهذا المقصد الضروري للوجود الجمعي للجماعة، إنما يستوجب أصلين لا غنى عنهما، الأول توفير تنظيمات مؤسسية، رسمية وأهلية، لإنماء الفرد من جانب والجماعات الفرعية من جانب آخر، فضلاً عن الجماعة السياسية العامة. والأصل

(١) The Idea of Law. LLOYD - Ibid - P.248.

(٢) The Idea of Law. LLOYD - Ibid - P. 249.

الثاني هو تنمية الشعور بالعيش المشترك ووحدة المصير، وهو ما يعتمد بالأساس على مفهوم تقبل الآخر والشعور بالتضامن الجمعي بين الكافة، بغض النظر عن أطر انتماءاتهم الفرعية وخواص تميزاتهم الذاتية.

١٢٨/٣ ـ وأما عن التقدم الإنمائي، فهو ما يتم به حفظ الثروة الجمعية للجماعة العامة، واتخاذ ما يمكن لتنمية هذه الثروة وتثميرها على نحو متوازن بين أفراد هذه الجماعة كافة، وذلك بغية تحقيق الكفاية الذاتية للجماعة، فلا تضحى بحاجة إلى مساعدة من الغير، الذي هو الآخر الأجنبي، ثم توفير فائض للقيمة يمكن الجماعة من حيازة مركز تنافسي أفضل بين باقي الجماعات، الأمر الذي يمكّن من تحقيق فرص أفضل للرفاهة لكل فرد من أفرادها، فضلاً عن تمكين الجماعة العامة من امتلاك قدر كبير من زمام أمرها، على النحو الذي يحول دون تدخل الغير بشؤونها، وهما غايتا كل جماعة سواء على مستوى الفرد أو على مستواها العام.

١٢٩ ـ تحديد المستوى القاعدي الارتكازي: وعليه فإن المستوى القاعدي الارتكازي، الذي يقوم عليه الإطار المفاهيمي لفكرة النظام العام، هو ذاك المستوى الذي تسكنه القوتان الاجتماعيتان التقليديتان، الفرد والجماعة. فهو المستوى الذي يضم ضروريات الوجود الضروري الإنساني للفرد، بمكوناته الأساسية التي لا وجود للفرد دونها، كما يضم ضروريات الوجود الجمعي لهيئة أفراد الجماعة السياسية العامة، تلك الأسس التي لا فكاك لحياة الجماعة ودوامها دونها. هذا المستوى الذي ينطوي على أصول الوجود الإنساني للفرد وكليات الوجود الجمعي للجماعة السياسية العامة، هو الذي ينطوي ـ كذلك ـ على المراكز القانونية الأساسية في أي نظام قانوني، تلك المراكز التي ترتكن إلى ضروريات الوجود الأساسي الإنساني والجمعي، والتي تتقرر للفرد بوصفه إنساناً من جهة، واجتماعياً من أخرى، كما تتقرر للجماعة الأساسية العامة بموجب تشخيصها لهيئة الأفراد الذين تجمعهم وحدة سياسية ويضمهم مصير مشترك ويتطلع بهم طموح واحد. فيجد الفرد، أو الجماعة حسب الأحوال، نفسه ساكناً لها دون اختيار من إرادته، حيث تُفرض عليها الالتزامات والواجبات التي تحددها مقتضيات هذه المراكز، دون أن يكون لهذه الإرادة دخل في تحديد ذاتها بها أو ضبط حرية حركتها بقيودها. هذه المراكز إن كانت تمنح شاغليها مكنات معينة، يتمتعون من خلالها بالحقوق التي تولدها أطر ضروريات الوجود الفردي أو الجمعي، فإن هذه المكنات تتمثل بالأساس في الضوابط والقيود التي تقابلها في المراكز الأخرى المقابلة للتي شغلها غيرهم. وعليه فإن القيود والالتزامات والواجبات التي تفرضها المراكز الذاتية للأفراد أو الجماعات على شاغليها، هي بالأساس مكنات توفرها مراكز ذاتية مقابلة لشاغليها من الآخرين.

وخلاصة القول: أن الإطار المفاهيمي لفكرة النظام العام يتكون من مستويات: يتمثل المستوى القاعدي الارتكازي الذي تنبني عليه الفكرة كاملة، في مجموع ما يُعد ضرورياً للوجود الإنساني للفرد، محدداً ومنضبطاً بمجموع ضروريات الوجود الجمعي للجماعة التي يعيش بكنفها هذا الفرد. الأمر الذي يكون معه هذا المستوى، حكراً على قوى المجتمع التقليدية ممثلة في الفرد وفي الجماعة، بحيث يسكن المستوى أصول المكون الإنساني للفرد فضلاً عن كليات المكون الجمعي للجماعة.

* * * * *

الفرع الثاني
المستوى الفوقي لهيكل مفهوم النظام العام

١٣٠ ـ الدولة قوة مسيطرة على قواعد النظام العام: أما الدولة، تلك القوة الثالثة، الحديثة نسبياً مقارنة بقوتي المجتمع الأخريين التقليديتـين، فيمكن تعيينها بالجهاز السياسي داخل المجتمع، الذي يمارس سلطان الحكم على هذا المجتمع، وإن كان محدوداً بنطاق إقليمي معين. هذه الدولة التي نعنيها هنا، هي الصورة الحديثة للتنظيم السلطوي داخل المجتمع، المعروفة بالدولة القومية. هذه الدولة المعاصرة، والتي نعدها قوة ثالثة مستحدثة بحسب خصائصها المستجدة التي لم يُشهد لها نظير بالتكوينات السلطوية السابقة عليها، إنما تنفرد بمميزين أساسيين. أولهما: السيادة المطلقة[١]، بحكم كونها صاحبة سلطان لا منازع له داخل المجتمع، سلطان يجسد مظاهر الشرعية وتشعباتها كافة، بمعنى احتكار الدولة الكامل للشرعية داخل المجتمع، من شرعية تنفيذية إلى شرعية تشريعية تقنينية إلى شرعية قضائية، وذاك كله دون أن تتجسد هذه السلطة في هيئة شخص محدد بذاته أو هيئة أفراد معينين بذواتهم. وثانيهما: العلوية القانونية، حيث الدولة الوضع الأعلى المتفوق على كافة التنظيمات الجمعية الموجودة داخل النطاق الإقليمي للجماعة السياسية العامة، فالدولة، على حد تعبير هيجل، هي الغاية المطلقة، المتسمة بقدر ضخم من التعقيد والتشعب والتنوع المتعدد، بحيث تتمثل إطاراً جامعاً شاملاً يضم كل هذا التشعب والتنوع والتعدد بتعقيداته اللانهائية. الدولة هي الشخص القانوني للجماعة السياسية العامة، بكل صور الانتماء الفرعي الموجودة داخلها، بوصفها مظهر الانتماء الكلي الجامع. هذه الدولة بخصائصها المميزة، لم تُعرف إلا مع بزوغ الدولة القومية في أوروبا بمنتصف القرن السادس عشر على أثر ظروف متعددة متشابكة، تتنوع ما بين سياسي واجتماعي واقتصادي[٢]. بيد أنه على

---

(١) The Idea of Law -Ibid. - P. 206 - 207.

(٢) سلف لنا رسم صورة موضحة لعدد من العوامل التي أثرت على نشأة الدولة القومية المعاصرة في =

الرغم من كل ذلك، يكاد الأمر يستقر من الناحية الفلسفية على أن الدولة المعاصرة استندت بالأساس على فكرة أن التكوين السلطوي حتمية مجتمعية، حيث لا غنى عن السلطة لإيجاد وضع تنظيمي داخل الجماعة البشرية، كما استندت إلى التطور التاريخي المصاحب للحظة مولد الدولة القومية، الذي حصل إبانه انفصال بين السلطة القائمة على التنظيم الجمعي وبين أفراد القائمين على هذه السلطة. فكان حتماً ترتب الدولة بصورتها المعاصرة، بحسبها ممارساً للسلطة التنظيمية، على أفراد الجماعة السياسية العامة، داخل النطاق الإقليمي المحدد لها. وهي بهذا تأخذ شكلاً متطوراً للتكوين السلطوي، غير مشهود من قبل، لما فيه من انفصال عضوي بين السلطة وأفراد الممارسين لها. ومن جانب آخر فبحكم استنادها في شرعيتها إلى هيئة أفراد الجماعة السياسية العامة الخاضعة لسلطانها، فهي تتأصل على فلسفة السيادة الشعبية وحكم الجماعة لنفسها بنفسها، فما الدولة إلا سلطة أرادها أفراد الجماعة السياسية العامة، بحيث تستند هذه السلطة في كل مظاهر حكمها إلى القبول الجمعي، الذي يأخذ صوراً متعددة وأشكالاً متباينة. فالسلطة التنفيذية منتخبة من قبل الأفراد، والسلطة التشريعية منتخبة من قبلهم أيضاً، كما أن القضاء إنما يفصل في الخصومات والمنازعات في حدود الأطر والقواعد والمبادئ التي تقررها السلطة التشريعية أو التي استقر عليها عمله بعد تحصيلها قبولاً جمعياً عاماً عليها.

١/١٣٠ ـ احتكار «الدولة» للسلطات كافة: غير أن الدولة، بوضعها السياسي بحسبها سلطة، وبسند مما تقدم جميعه، وبدعوى انفصالها عضوياً عن أفراد ممارسي سلطانها، وتأسيساً على كونها تعبر عن إرادة الجماعة مشخصتها، قامت بالتوسع عكسياً داخل مجالات التسيير الضروري للجماعة السياسية العامة، وذلك لحسابها المخصوص، أي لحساب أجهزتها على حساب الجماعة العامة والجماعات الفرعية الأمر الذي باتت معه حائزة لكل أدوات التسيير الضروري للجماعة، سواء السياسية العامة أو تلك الفرعية، دون أن تترك لهذه الجماعات أي حق في المشاركة بتلك المجالات. فقامت الدولة بتأميم العنف لصالحها، إذ ما من عنف مشروع سوى ذاك الذي تمارسه هي، ووحدها لها ممارسته بحسبانه حقاً مؤصلاً لها. كما قامت بتأميم صناعة القانون، فلا تُعد القاعدة قانوناً، إلا إذا كانت صادرة من قبل الدولة، من أي من سلطاتها الرسمية المختصة بهذا الشأن. وكذا فعلت بالقضاء الذي لم تكتف بالسيطرة عليه تنظيمياً وتكبيله بعديد من الأوضاع الإجرائية التحكمية، بل احتكرت لنفسها حق تحريك الدعاوى الجنائية، فما عاد للفرد أو للجماعة حق في إقامة أي دعوى جنائية بالمطالبة برد عدوان قد يقع عليه أو على أي من قيمه التي يُعدها من

= أوروبا، وذاك في الباب الاول من هذه الرسالة.

أصول مكونه، وإنما عليه أن يلجأ إلى أحد أجهزة الدولة المخصوصة، لتتولى هي عن طريق هذا الجهاز، إن شاء، تحريك الدعوى.

٢/١٣٠ ـ في ظل هذا الوضع تجردت الجماعة السياسية العامة ـ وكذا الجماعات الفرعية في حدود انتمائها الفرعي ـ من إمكانيات المبادرة والمشاركة في صنع القرار الحاكم لها. وهو وضع استمر إلى ما بعد الحرب العالمية الثانية بمنتصف القرن العشرين، إذ تمخضت الحرب عن آثار سلبية متعددة لحقت الدولة وأجهزتها في دول العالم المتقدم أطراف تلك الحرب. آثار ساهمت في إعادة التوازن بينها بحسبها جهازاً سياسياً متسيداً حاكماً، وبين جماعات هذه الدولة بحسبها هيئات أفراد محكومين. وضع جديد، لم تشهده سوى دول العالم المتقدم دوناً عن أوضاع باقي دول العالم ـ حديثة الاستقلال ـ التي ظلت كما كان الوضع قبل الحرب، من حيث هيمنة سلطان الدولة المطلق على مظاهر الحياة داخل المجتمع، وحرمان الجماعة السياسية العامة ـ والجماعات الفرعية ـ من حق المشاركة أو المبادرة في تسيير شأنها الضروري، على نحو أدى إلى ضعف شديد لحق وحدات الانتماء جميعها سواء السياسية العامة أم الفرعية، مما أفقد الفرد إحساسه بالجماعة ـ عامة أو فرعية ـ، وأضعف الرباط الجمعي الإرادي، وصار المسيطر هو التضامن القسري بين أفراد المجتمع بقوة سلطان الدولة وهيمنتها وحده. وقد أفضى هذا إلى تجزئ الجماعة السياسية العامة وتفرد أعضائها، ليحيل الجماعات الفرعية التي كانت أحد نقاط الارتكاز المهمة في تجميع أفراد الجماعة السياسية العامة، إلى أفراد متفردين، يقف كل بمفرده في مواجهة سلطان الدولة المتغول، ما أوقعهم جميعهم فريسة طيعة لأجهزتها، ويسر لها السيطرة عليهم كاملاً. سيطرة تجاوزت الحدود المادية العضوية إلى حدود القيم والأصول المعنوية، فصارت الدولة مصدر القيم الاجتماعية، وغدت المرسم الأول للأنساق الثقافية الجمعية، فضلاً عن كونها المحدد الوحيد للفلسفة الحاكمة للجماعة بما تتضمنه من أفكار وفلسفات. ما لم يعد معه للجماعة سوى الاعتناق بذاك المنتج الثقافي والأيديولوجي الرسمي، وباتت الأيديولوجيات المعتنقة رسمياً من قبل أجهزة الدولة، هي من ضروريات الوجود الرسمي للمجتمع، بحسبها أصول المكون الضروري للدولة.

١٣١ ـ ظهور ضروريات للدولة نفسها: ومن هنا بدأ يظهر للدولة[1]، حاجيات ضرورية خاصة بها. إذ صار لها مكون مخصوص تتفرد به عن مكون الجماعة القائمة عليها، مكون يتشكل من مصدرين، المصدر الأول هو الفلسفة الحاكمة المتخذة أصلاً

---

(١) وما نعنيه بالدولة، إنما هي تلك الدولة الغربية كاملة النمو لا الدولة المشوهة ناقصة التكوين لحال غالب الدول حديثة العهد بالاستقلال ودول العالم الثالث.

للمعتنق الرسمي للدولة، والثاني هو ما ولده وجودها بالحياة الاجتماعية من حاجيات خاصة بالوجود الضروري لأجهزتها.

١٣٢ ـ الضروريات الفكرية: أما عن المصدر الأول من مصادر المكون الضروري للدولة، فهو الأيديولوجية المتسيدة، ذاك الذي يضم أصول وأسس المعتنق الفلسفي والفكري للدولة، والمبادئ الأساسية التي يشاد عليها بناء هذه الأيديولوجية.

١٣٢/ ١ ـ اختلاف صور الضروريات بحسب المذهب الفكري للدولة: في دول المذهب الحر: فالدول التي تعتنق الفكر الفردي الحر، نلحظ في الحرية بمفهومها السياسي والاقتصادي أصلاً لمعتنقها الأيديولوجي، فالمساواة بين أفراد الجماعة السياسية، وكونهم مصدر السلطات داخل المجتمع، وارتداد فكرة سيادة الدولة إلى ما تستمده من إراداتهم الحرة في الخيار تعد من أصول المكون الأيديولوجي لهذه الدولة. تلك الحرية السياسية التي تُعد كلا تولد بدورها عدداً من المبادئ والأفكار التي يتشكل منها جزء رئيسي من المكون الضروري لوجود الدولة، كالمبدأ الديمقراطي القائم على حكم الأغلبية، ومبدأ الفصل بين السلطات، ومبدأ المساواة بين جميع أفراد الجماعة السياسية العامة في الحقوق والالتزامات أمام القانون. ومن جانب آخر نلحظ الحرية الاقتصادية من أصول المكون الضروري لمثل هذه الدولة، بل إنها لتُعد أحد أهم ركائز منظومات الفكر الفردي الحر، الذي تتأصل دعائمها عليه. هذه الحرية الاقتصادية إنما تقوم على دعائم ثلاث أساسية، هي حق الملكية وحرية التعاقد والمنافسة الحرة، وهو ما تفرع عنه مبدأ حرية الصناعة وحرية التجارة، أي حرية المبادرات الخاصة في مجالي الصناعة والتجارة. وهي حقوق وحريات منضبطة بعدد من النظم التي تحول دون إطلاقها، على النحو الذي يسمح للجميع بممارستها دون غبن أو ظلم، كمنع شرط الإعفاء من المسؤولية، ومبدأي وضع حدود دنيا للأجور وحدود قصوى لساعات العمل، وتنظيم عمالة النساء والأطفال، فضلاً عن نظم منع الاحتكار وفرض السياسات الضريبية التي تعمل على حفظ قدر من التوازن في توزيع الثروة داخل المجتمع. تلك الضوابط صارت من أصول المكون الأيديولوجي للدولة معتنقة الفكر الفردي الحر.

١٣٢/ ٢ ـ في دول المذهب الاشتراكي: ويختلف الأمر في شأن الدولة الاشتراكية التي تدين بأيديولوجية ماركس النظرية، التي تقوم على مبدأ التناقض الحاد بين مصالح الطبقات الاجتماعية، وتستهدف غاية تسيد الطبقة العمالية ـ البورليتارية ـ المقهورة، وضرورة القضاء على مفاهيم الفكر الفردي الحر وأسسه جميعها، ومن ثم فلا مبادرات فردية ولا ملكيات خاصة، وإنما الأصل هو الملكية العامة لكل الثروة أي ملكية الشعب لأدوات الإنتاج كافة، وهو ما يرتب ضرورة إلغاء تقسيم العمل. وتنظر إلى الحرية في معناها السائد بمنظومة الفكر الفردي الحر، على أنها ليست حرية بالأساس وإنما هي

وسيلة سيطرة طبقة على أخرى، مما يستوجب التوقف عن ترديدها أو الاستناد إليها، إذ أن الحرية الحقة ليست بمتأتية إلا بزوال كل سلطان على الأفراد، هذا السلطان الذي لن يزول بدوره، إلا بانتهاء سيطرة الدولة بحسبها جهازاً قسرياً مكرهاً للجماعة. لذلك نجد هذه الدول من الناحية النظرية، إنما تستهدف غاية انتهاء الدولة ذاتها وزوالها. وهو ما لن يحققه إلا انتهاء سيطرة الطبقة البورجوازية على باقي طبقات الجماعة السياسية العامة وذاك على الصعيدين المحلي والعالمي.

١٣٢/ ٣ ـ التناقض بين دول المذهبين: ومن ثم فالدول معتنقة المنظومة الفكرية لماركس، إنما تقف على طرف نقيض في أصولها وكلياتها مع أصول وكليات الدول معتنقة الفكر الفردي الحر، فالمبادرة الجماعية لدى الأولى هي الأساس لا المبادرة الفردية كما هي لدى الثانية. والدولة هي أداة مؤقتة إلى زوال لا غاية مطلقة، إذ الدولة لدى النظم الماركسية ـ وفي مرحلتها المؤقتة ـ إنما تعبر عن الإرادة الجمعية لطبقة البروليتاريا المقهورة المنتصرة في ثورتها على طبقة البورجوازية المستبدة. وهي بهذا الخصوص لا تعتد بما يدعى حقوق فردية، إذ الفرد يستمد حقوقه من تحرر الجماعة بأسرها، من ربقة هيمنة الطبقة البورجوازية عليه. كما أنه لا ملكيات فردية بها، وإنما هي بالأساس الملكية على الشيوع مع باقي أفراد الجماعة السياسية العامة. وعليه فالعبرة في توافر الحرية، بإلغاء تقسيم العمل، ذاك الإلغاء الذي يحرر الفرد من ذُل عبودية الإنسان لنشاط واحد، ويتيح له فرص استخدام مواهبه الجسدية والذهنية بل وتنميتها في اتجاهات متعددة، مما يعيد تصالحه مع ذاته. وهذا بدوره يفضي إلى الإلغاء الكامل للتفرقة القائمة بين العمل اليدوي والعمل الذهني، الذي هو أحد أهم أسباب إعاقة الإنتاج الضخم وسوء توزيع الثروات. الأمر الذي يمكن تلخيصه في مبدأ يتعين أن يكون السائد في ضبط نشاط المجتمع كله ألا وهو «من كل حسب طاقته ولكل حسب حاجته».

١٣٢/ ٤ ـ هذه المبادئ سواء تلك الخاصة بمنظومة الفكر الفردي الحر أو تلك المتعلقة بمنظومة الفكر الماركسي، تمثل الأصول والكليات الأيديولوجية للدولة التي تدين بها، مما تغدو معه هذه المبادئ من أصول المكون الضروري لهذه الدولة، بحسبان أن الدولة وهي تقيم دعائمها ترتكز على تلك الكليات على نحو يفضي بها إلى الزوال إن قوضت هذه الدعائم أو انتهكت هذه الكليات. هذه المبادئ الأيديولوجية تشكل المصدر الأول لأصول المكون الضروري للدولة.

١٣٣ ـ الضروريات المجتمعية: أما عن المصدر الثاني لأصول هذا المكون فهو تلك الكليات التي تؤصل عليها الدولة وجودها العضوي المؤسسي على الرغم من كونها ليست من مبادئ المعتنق الأيديولوجي الحاكم. فهي أصول تبلورت مع التكون الحديث

لكل دولة على حدة، إلى أن صارت ركناً من الماهية لا وجود للدولة دونها. أي أنها تتعلق بالتكون الذاتي لكل دولة وفق الخبرة التاريخية الخاصة بها.

١٣٣/١ ـ من هذه الأصول شكل نظام الحكم، أهو ملكي أم جمهوري، برلماني أم رئاسي. ونظامه القضائي هل هو نظام موحد أم مزدوج. والحدود الدستورية لعلاقة سلطات الدولة بعضها البعض، واختصاصات كل سلطة من هذه السلطات. الأمر الذي نجد معه كل دولة تتميز بوضع مخصوص تنفرد به عن غيرها من الدول، على رغم ما قد يجمع هذه الدول من اعتناق أيديولوجي موحد. هذا التميز مبعثه تفردها بأصول حكم خاصة بها ترتد إلى خصوصية تجربتها في التكون التي تبلورت نتيجة ظروف مختلفة عن تلك التي أحاطت تكون الدول الأخرى.

١٣٤ ـ تأثير الاختلاف بين دول المذهبين على فكرة النظام العام: من هاتين المجموعتين من الأصول، أي من هذين المصدرين، يصير للدولة ـ تلك القوة شديدة التسلط داخل المجتمع ـ أصول مكون ضروري خاصة بها، تتميز به عن أصول المكون الضروري للفرد وأصول المكون الضروري للجماعة السياسية العامة. هذا المكون الضروري للدولة، صار نتاج قوتها المتزايدة داخل المجتمع على حساب باقي قوى المجتمع، من جماعات ـ عامة وفرعية ـ وأفراد، بل وصار ذا أولوية غير منكرة، وفي كثير من الأحيان متغلبة على أولوية أصول المكونين الآخرين للقوتين التقليديتين: الجماعة والفرد، وذاك بحكم ما باتت تمتلكه أجهزة الدولة من أدوات تسلط ولما حازته من مرجعية شرعية، افتقرت إليهما هاتان القوتان التقليديتان.

١٣٤/١ ـ هذا المكون الضروري للدولة، أصبح شاغلاً المستوى الفوقي من الإطار المفاهيمي لفكرة النظام العام، أي شغل ذلك المستوى الذي يلي المستوى الارتكازي القاعدي، فالمستوى الفوقي بهذا الفهم يغدو منبنياً على المستوى الارتكازي القاعدي وقائماً عليه. فإذا كان المكونان الضروريان للفرد والجماعة شغلا المستوى القاعدي الارتكازي لهذا الإطار، فإن المكون الضروري للدولة بات منفرداً في شغل المستوى الفوقي لهذا الإطار، حيث يضم بثنياته ضروريات الوجود الرسمي لهذه الدولة، من أصول وكليات تتأصل عليها فلسفياً وأيديولوجياً، فضلاً عن الأصول والكليات التي يرتكز عليها بناء نظام الحكم السائد بها.

١٣٤/٢ ـ تلك الأصول والكليات المنتسبة إلى المكون الضروري للدولة، والتي تشغل المستوى الفوقي للإطار المفاهيمي لفكرة النظام العام، تكون كل واحدة منها بمثابة القاعدة القانونية الأصيلة التي لا مراء في كونها قاعدة نظام عام. فمن غير المتصور أن ينعقد اتفاق في أي من دول الفكر الفردي الحر منطوياً على حرمان الأفراد من حق التملك إطلاقاً، أو متضمناً شرط المنع من المسؤولية، أو الحرمان من

التقاضي. وكذلك لا يتصور في إطار دول المنظومة الماركسية، أن يرد اتفاق على امتلاك أحد الأفراد لأي من أصول الثروة ملكية خاصة، أو تنازل آخر عن قدر نصيبه الشائع في الملكية العامة. فمثل هذه الاتفاقات إنما ترد باطلة من لحظة ولادتها، ولا يكون بالمكنة إجازتها أو تصحيحها. بل إن الدولة ذاتها لا تستطيع أن تتدخل لإجازة مثل هذه الاتفاقات، إذ يرد عملها في هذا الخصوص باطلاً لخروجه عن أصول مكونها الضروري.

١٣٥ ـ الأساس الفلسفي لتقيد الدولة بقواعد النظام العام: هذه القواعد الكلية، التي هي انعكاس قانوني لأصول وكليات المكون الضروري للدولة، تشغل المستوى الفوقي لهيكل مستويات قواعد النظام العام لتصنع حداً على إرادة الدولة ذاتها، كما تحد الجماعة والأفراد. فهي قيد على الجماعة وعلى الأفراد لأن أياً منهما ليس بمستطاعه خرقها أو مخالفتها وإلا غدا عمله باطلاً. أما كونها قيداً على الدولة ذاتها، فهي مسألة تتطلب الوقوف قليلاً للنظر، لما يبدو من أننا قد سقطنا بحلقة مفرغة عندما نقول بتقيد الدولة ذاتها بهذه الأصول والكليات، إذ طالما كانت الدولة صاحبة السلطان المطلق والهيمنة المستبدة لا يبزها باز بهذا الخصوص، فكيف يقال إن ثمة ما يقيدها بعد، ومن الذي يملك سلطان تقييدها؟ للإجابة على هذا التساؤل، يتعين أن نصله بما سلف ذكره عن أن ثمة منطقة في البحث الفلسفي القانوني، تكمن فيما وراء القانون ذاته، وبالتالي لا تخضع لمنطق القانون الدقيق ولا تتأصل على أدواته الفكرية، وإنما تجد في الظرف المصاحب لتكون أنساق النظام القانوني، سدرة منتهاها التحليلي، حيث ترد النسبة إليه لتفسير ظواهر المنطقة المبحوث عنها الكامنة فيما وراء القانون ذاته. من هذا المنطلق، نجد أن الدولة التي هي مصدر الشرعية محتكرة مظاهر القوة والعنف، صاحبة الخيار الأيديولوجي، مبلورة شكل نظام الحكم السائد، ليس بمتيسر لها سلطان تعديل أي من خياراتها الأيديولوجية أو أشكال نظم الحكم التي تسودها على نحو جذري. وعدم استطاعة إحداث مثل تلك التغييرات الجذرية، من الناحية العملية، مرده أن كلاً من الخيار الأيديولوجي الذي اعتنقته عقيدةً، وشكل نظام الحكم الذي ارتكزت عليه دعامة بناء، إنما هو بمثابة التكوين الفكري والجسماني للفرد، فإن كان ليس بمستطاع الأخير إحداث تغييرات جذرية في تكوينه الفكري والجسدي فلا يكون للدولة بدورها استطاعة إحداث تغيير إيديولوجي أو نظامي في شكل الحكم على ذلك النحو الجذري وإلا فقدت هذه الدولة خواص هويتها الذاتية واستحالت دولة أخرى. فالدولة المعاصرة التي ترتد بتاريخها من لحظة تكونها الحديث إلى ما قبل قرنين من الزمن، لم تكن نتاج لحظة خلق متكامل من عدم، وإنما كانت نتاج عملية تبلور بطيء نسبياً، مرت خلاله بمراحل مختلفة وأثرت فيها ظروف متعددة منها الفكري والديني ومنها الموروث الشعبي، ومنها

الظروف المحيطة عالمياً وإقليمياً، هذا فضلاً عن المؤثر الاقتصادي والسياسي الذي أفرز أصولها. هذه الظروف جميعها، من المحال على الدولة أن تنفضها عن نفسها وتذهب لتستقدم خياراً أيديولوجياً آخر أو شكلاً مختلفا للحكم، منبت الصلة عن هذه الجذور، وإلا لكنا بصدد دولة أخرى مختلفة عن تلك السابقة. ولعل لنا في انهيار المعسكر الاشتراكي عبرة بهذا الخصوص فدول هذا التجمع كانت قد نفضت عن نفسها كل سمات خصوصياتها الحضارية، واعتنقت منظومة فكرية متميزة ـ الفكر الماركسي ـ، وأعادت تشييد بنائها على هذا الأساس، فإذا بها سرعان ما تنهار، معاودة سيرتها الأولى. كما أن لنا في عالمنا الإسلامي أيضاً دلالة على ما نقوله، فهذا العالم تكون منذ ما يزيد على الأربعة عشر قرناً، في ظل وضع عقدي معين ـ العقيدة الإسلامية ـ ونظم حكم مخصوصة، شكلت خواصها الحضارية وهويتها الذاتية. فعندما قام بتبديل خياره العقدي وشكل نظامه الحاكم استحال دولاً أخرى منبتة الصلة عن الدولة المورثة وهي دول عاجزة عن الاضطلاع بالمهام الأساسية للدولة، وهي خدمة الجماعة القائمة عليها وتحقيق مصالحها، أي إنها بتغيير أوضاعها الأيديولوجية وأنظمة حكمها، لم تعد الدولة التي كانت بل استحالت دولة أخرى. وهذه دولة أخرى حتى بمعايير النجاح النفعية، تُعد دولة فاشلة، وعلة الفشل اعتناقها كلا أيديولوجياً مختلفاً وشكلاً للحكم مفارقاً.

الأمر الذي يثبت به صحة ما ذهبنا إليه من أن أصول وكليات المكون الضروري للدولة المعاصرة تشكل مستوىً فوقياً داخل الإطار المفاهيمي لفكرة النظام العام غير قابل للخرق أو التبديل أو المخالفة، لا من قبل الجماعة ولا من قبل الفرد ولا من قبل الدولة ذاتها، بحيث يضحى البطلان وصفاً لازماً للتصرف المخالف، ليتهاوى الفعل الخارق لأي من هذه الأصول أو الكليات إلى درك العدم.

١٣٦ ـ موضع القواعد المعبرة عن ضروريات الدولة: أما عن القواعد القانونية التي تعكس أصول وكليات هذا المكون، والتي تُعد من النظام العام، فهي عادة ترد في الوثائق الدستورية للدولة أو في إعلانات ومواثيق حقوق الإنسان التي تصدر عنها، كالمادة الأولى من الدستور المصري التي نصت على أن «جمهورية مصر العربية دولة نظامها اشتراكي ديمقراطي يقوم على تحالف قوى الشعب العاملة»، والمادة (٤) منه التي تنص على أن «الأساس الاقتصادي لجمهورية مصر العربية هو النظام الاشتراكي الديمقراطي القائم على الكفاية والعدل بما يحول دون الاستغلال. . . ويكفل عدالة توزيع الأعباء والتكاليف العامة»، والمادة (٥) منه التي تنص على أن «يقوم النظام السياسي في جمهورية مصر العربية على أساس تعدد الأحزاب وذلك في إطار المقومات والمبادئ الأساسية للمجتمع المصري المنصوص عليها في الدستور»، وكذا المادة (٨)

بنصها على أن «تكفل الدولة تكافؤ الفرص لجميع المواطنين»، والمادة (٢٤) التي تنص على أن «يسيطر الشعب على كل أدوات الإنتاج، وعلى توجيه فائضها وفقاً لخطة التنمية التي تضعها الدولة»، فضلاً عن المادة (٢٦) التي تقرر أن «للعاملين نصيب في إدارة المشروعات وفي أرباحها». والحال ذاته في شأن موقف الدولة من الملكية، إذ اعترف الدستور بالملكيات العامة والخاصة والتعاونية، مخضعاً إياها جميعها لرقابة الشعب وحماية الدولة على ما جاء بالمادة (٢٩)، كما عمد في المادتين (٣٣) و(٣٤) إلى حماية الملكيتين العامة والخاصة وصونها. مخضعاً الملكية الخاصة لإطار تنظيمي، حيث ضبطها في المادة (٣٢) بنظم القانون التي تحدد كيفية أدائها لوظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي في إطار خطة التنمية. هذا عن القواعد التي تُعد انعكاساً قانونياً لأصول المكون الضروري للدولة التي مصدرها الوضع الأيديولوجي.

١٣٧ ـ أما عن القواعد القانونية التي تخص أصول شكل نظام الحكم داخل الدولة، فنجد مواد الدستور من المادة (٧٣) إلى آخر مواده، منتظمة إياه، وجميعها قواعد نظام عام وإن لم تنطو على أحكام، إذ أنها ولو صيغت بهيئة توجيهات أو محض أفكار، فهي دون ريب ذات تأثير قانوني مباشر لا فكاك معه من الاعتداد بها قواعد قانونية، هي بحكم طبيعة الحاكمية الدستورية من النظام العام.

١٣٨ ـ **تداخل الحقوق الفردية والجماعية**: هذان هما المستويان الأساسيان اللذان يتأصل عليهما الإطار المفاهيمي لفكرة النظام العام. وهما مستويان استقيا من محال كل منهما، أي من لوازم المكون الضروري للقوى شاغلتهما. فثمة مستوى قاعدي ارتكازي، يضم الأصول والكليات التي ينبني عليها المكون الضروري لقوى المجتمع التقليدية، أي الأصول والكليات التي يتأسس عليها المكون الضروري للفرد والأصول والكليات التي يتأسس عليها المكون الضروري للجماعة. وباعتبار كون الفرد أحد أهم أعضاء الجماعة، وباعتبار الجماعة هيئة ائتلاف مجموع الأفراد يتبين قدر التداخل والترابط والتشابك بين كل مكون من هذين المكونين، حتى صارا في وضعهما العملي كالمكون الواحد، حيث الحق والواجب وجهان لعملة واحدة. هذه العملة أسميناها المركز القانوني. فالمركز القانوني لكل فرد من أفراد الجماعة، كما يخوله حقوقاً، يحمله واجبات، تكون لصالح باقي أفراد الجماعة، إما فرادى أو بهيئة مجتمعة. ومن ثم كان من المتعذر فصل المكونين عن بعضهما البعض، خاصة بعد ترجمة أصولهما قانوناً، في هيئة قواعد قانونية. فمثلاً حق الملكية، كما هو حق شخصي للفرد المالك، هو حق جمعي، لما يتصل بهذا الحق الشخصي من وظائف نافعة للجماعة بأسرها، تتمثل في استخدام الشخص لحقه على النحو الذي يرتب صالح الجماعة كما هو مرتب لصالحه المخصوص. وكذا حق التعليم والتنمية الذهنية ـ علمياً وثقافياً ـ فهو وإن كان

حقاً شخصياً لكل فرد من أفراد الجماعة، فإنه حق جمعي أيضاً، لما في شيوع هذا العلم بين الأفراد من مردود إيجابي على الجماعة كلها، فضلاً عن كونه يرتب واجباً على صاحب الحق في ضرورة استخدام هذا الحق في إفادة الجماعة وتنميتها. وكذا حق كل فرد في الحياة الآمنة الخالية من العدوان، هو حق يحمل في طياته واجب تأمين حياة الجماعة، بمنع الفرد نفسه من صور العدوان على الآخرين. هذا من جانب، ومن آخر يتبدى أن ثمة حقوق للجماعة بحسبها هيئة الأفراد المكونين لها، هذه الحقوق، كما تمثل قيداً على الأفراد ليس بمستطاعهم تجاوزها أو إهدارها، فإنها تمثل واجباً أيضاً على الجماعة بأسرها، بضرورة استخدام مردود هذه الحقوق على النحو الذي يشيع الفائدة على كل فرد من أفراد الجماعة، فلا تستأثر به فئة منها دون الباقين، ولا يظلم نتيجة التمتع بها البعض لصالح تمتع البعض الآخر. فحق الجماعة في العدل والاستقرار والتقدم الإنمائي، يرتب واجباً عليها بأن تعمل بحسبها هيئة على إفادة الأفراد جميعاً منها. وعليه فإن المكونين الضروريين الخاصين بكل من الفرد والجماعة يمثلان المستوى القاعدي الارتكازي للإطار المفاهيمي لفكرة النظام العام، بحيث تمثل القواعد القانونية التي تُعد انعكاساً لكلياتهما وأصولهما، المستوى الارتكازي لهيكل قواعد النظام العام جميعها.

١٣٨/١ ـ ثم ظهرت الدولة الحديثة، قوة داخلة على قوى المجتمع التقليدية، تمكنت من إبداع مكون مخصوص لها، له ضرورياته الذاتية المختلفة عن ضروريات مكوني قوى الفرد والجماعة. هذا المكون الضروري، مثل بكلياته وأصوله مستوىً آخر، داخل الإطار المفاهيمي لفكرة النظام العام. مستوىً فوقياً، ينبني ويستند على المستوى القاعدي الارتكازي. إذ فوقية مستوى المكون الضروري للدولة لا تعني علوه وتسيده على مستوى المكون الضروري للفرد ـ الجماعة وإنما، على خلاف ذلك، فالمقصود بهذه الفوقية ابتناؤها على هذا المستوى القاعدي واعتمادها على دعائمه. الأمر الذي يفيد ائتمار المستوى الفوقي وانضباطه بالمستوى القاعدي المرتكز عليه.

١٣٩ ـ درء التعارض بين المستويين: الأمر الذي يثور معه تساؤل في خصوص مدى احتمال تعارض كل من أصول وكليات المستويين المذكورين، وحال ما إذا افتأتت أي من القوتين التقليديتين على القوة الحديثة أو القوة الحديثة على أي منهما. ولعل الاحتمال الأخير هو الغالب والأكثر انتشاراً وشيوعاً. والإجابة على هذا التساؤل، إنما نجدها على جانبين:

١٣٩/١ ـ الجانب الأول وهو الجانب النظري، الذي يفضي منطقياً إلى أنه من غير الجائز بأي حال من الأحوال، افتئات الدولة على أي من أصول وكليات الأفراد أو الجماعة. وإذا وقع مثل هذا العدوان يتعين أن يرتب انعداماً لهذا العمل أي بطلانه

مطلقاً. باعتبار أن منطق التدرج الهرمي لبناء قواعد النظام العام وشكل توزيع قواعده على مستويات هذا البناء الهرمي يستوجب دوماً تفوقاً للقاعدي على الفوقي، وتسيداً للأول على الآخر. ومن ثم فحال المخالفة يتعين ألا يترتب أي أثر قانوني مما يعدم فعل المخالفة كلياً. أما في حالة تعارض أي من أصول وكليات المستوى القاعدي الارتكازي مع أي من أصول وكليات المستوى الفوقي، فالأمر ليس متصوراً نظرياً، إلا إذا كان ثمة أصل من أصول مكون الدولة، كان موضع قبول واتساق مع أصول المكون الفردي ـ الجمعي، ثم صار إلى خلافه أي أصبح غير مقبول جمعياً، خالقاً حالة من عدم الاتساق بينهما، وعندئذ فالمتعين نظرياً إبطال ذاك أصل الخاص بالدولة أو تعديله، على النحو الذي يعيد الاتساق إلى سابق عهده.

٢/١٣٩ ـ أما الجانب الآخر وهو الجانب العملي، فالأمر يدق بخاصته على ما يصعب معه طرح جواب يستساغ منطقاً وعملاً، ذاك أننا نعود مرة أخرى بهذا التساؤل، إلى منطق ما وراء القانون، أي منطقة عمل قوى المجتمع وتأثير الظروف المحيطة، فإذا كانت الدولة بوضعها الراهن هي أقوى القوى المتواجدة بالمجتمع، وأكثرها فاعلية وتأثيراً بما تحوزه من شرعية باختزالها مصادر تلك الشرعية كافة لصالحها، إلى جانب احتكارها لكافة أدوات ممارسة العنف داخل المجتمع، فإن هذا الوضع إنما يرجح من الناحية العملية أصولها وكلياتها، حال تعارضها مع أي من أصول وكليات الجماعة، ترجيحاً لا يسنده سوى قوتها، بحكم افتقاره لكل قبول جمعي أو سند جماعي. الأمر الذي يجعل هذا الأصل أو الكل، دوماً في معرض خطر الانتهاك من قبل الجماعة، إن واتتها الفرصة لذلك. وهو المظهر الذي يأخذ صور التصاعد في الضغوط الشعبية الجمعية، مطالبة بحقوق لها تكون من مكونها الضروري تم الافتئات عليها من قبل الدولة بسلبها أو مصادرتها لصالحها المخصوص. ويبقى الأمر في النهاية، متوقفاً على مدى القوة التي تحوزها القوى المتصارعة في هذا الخصوص، وقدرة كل منها على فرض احترام أصوله على القوى الأخرى.

* * * *

الفـرع الثالث

المستوى الفرعي لهيكل مفهوم النظام العام

١٤٠ ـ على أن هذين المستويين المذكورين، وإن كانت قواعدهما القانونية الموزعة عليهما، بوصفها انعكاساً لأي من الأصول والكليات الفردية ـ الجمعية، أو أصول وكليات الدولة، تعد من قواعد النظام العام، وهي طبيعة لا تثير أدنى لبس أو غموض حولها. فإن الفاحص لقواعد النظام العام بأكملها، يجد أن قواعد هذين المستويين لا

تشكل من جملة قواعد النظام العام، سوى القدر اليسير، بينما يوجد عديد من هذه القواعد القانونية التي تتوافر فيها خصائص مفهوم النظام العام وبرغم هذا لا يمكن نسبتها بشكل مباشر إلى أي من المستويين المذكورين. وهنا يظهر لنا، أن ثمة مستوى ثالث، داخل البناء الهرمي للإطار المفاهيمي لفكرة النظام العام، هذا المستوى هو في حقيقته لا يتضمن أصولاً أو كليات، وإنما هو يعكس الأحوال الفرعية لكل من أصول وكليات المستويين الآخرين. ومن ثم فهو مستوى ينبني ويتأصل على هذين المستويين دون أن يتمتع بأي استقلال عنهما، إذ لا يعدو كونه الفروع الحكمية المنبثقة عن أصول وكليات الكيانات الضرورية للقوى داخل المجتمع. الأمر الذي يحدو بنا إلى تسميته مستوى الفروع.

١٤٠/١ ـ هذا المستوى يشتمل على القواعد القانونية التي تتحقق فيها سمات قواعد النظام العام، دون أن تكون انعكاساً قانونياً مباشراً لأي من أصول وكليات المكون الضروري لأي من الفرد أو الجماعة أو الدولة، وإنما هي قواعد فرعية مترتبة أو مستقرأة، من أي من القواعد الأصولية أو الكلية، شاغلة أي من المستويين القاعدي الارتكازي والفوقي.

١٤٠/٢ ـ تلك القواعد الكائنة بهذا المستوى الفرعي، هي التي يرد عليها الاجتهاد، بحثاً وتحليلاً، لتمييزها عن القواعد القانونية الآمرة التي تشتبه بها وتتداخل معها، لتتعين الخصائص الأساسية لقاعدة النظام العام، معياراً ضابطاً لوصف النظام العام. ومن أمثلة تلك القواعد القانونية التي يضمها هذا المستوى الفرعي، عدم جواز استفادة الموظف العام من وراء وظيفته، كالتعاقدات التي قد يبرمها الموظف، ليجني من ورائها نفعاً خاصاً، وتكون وظيفته موضع اعتبار بها. تلك القاعدة هي قاعدة فرعية تنبثق عن القاعدة الكلية الواردة بالمادة (١٤) من الدستور المصري الحالي، التي تقرر تكليف القائمين على الوظيفة العامة بخدمة الشعب وأداء واجباتها رعاية لمصالح هذا الشعب، فتلك قاعدة كلية كائنة بالمستوى الفوقي لفكرة النظام العام، باعتبارها من أصول المكون الضروري للدولة، انبثق عنها عدد من القواعد الفرعية، التي تعمل بشكل غير مباشر في خدمة هذه القاعدة الكلية، منها منع اتجار الموظف العام بوظيفته، ومنع قيامه بالأعمال التجارية، وكذا منع القضاة والعاملين بالمحاكم من شراء الأموال التي تكون موضع منازعة منظورة أمامهم. حيث ترد كافة تلك الاتفاقات المخالفة للحظر، باطلة هي والعدم سواء، في عجزها ترتيب أي أثر قانوني لها. وكذا فرض الضرائب، فثمة قاعدة كلية وردت بالمادة (٣٨) من الدستور تقرر قيام النظام الضريبي على العدالة الاجتماعية، حيث يكون أداء الضرائب والتكاليف العامة واجباً وطنياً وفق ما يقرره القانون حسبما أفادت المادة (٦١) من الدستور. هذه القاعدة الكلية ينبثق عنها عدد من القواعد الفرعية، كوجوب تحمل كل مكلف بقيمة ما عليه من ضرائب وحده دون غيره،

أي لا يجوز الاتفاق على نقل عبء الالتزام بها إلى آخر[1]. وكذا في مجال الأحوال الشخصية، فإن ثمة قاعدة كلية ترد في المستوى القاعدي الارتكازي بوصفها من المكون الضروري للفرد، ألا وهي حق كل فرد في التمتع بالأهلية اللازمة للقيام بنشاطه الإنساني، هذه القاعدة إنما يتفرع عنها عدد من القواعد الفرعية، التي تكمن بالمستوى الفرعي، منها عدم جواز تنازل فرد عن أهليته للغير، وعدم جواز الاتفاق على تعديل السن المعتبرة قانوناً لكمال الأهلية (م/٤٨ مدني)، كما لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يعدل من حدود ولايته حسبما يشاء. والأمر ذاته في مجال علاقة الشخص بأسرته، فلا يجوز الاتفاق على تعديل قواعد الميراث باعتبار الأخيرة من أسس الشريعة الإسلامية التي هي مصدر رئيسي للتشريع، ولا يجوز الاتفاق على نزول الزوج عن حقه في الطلاق، أو نزوله عن حقه القائم على زوجته بالطاعة والأمانة الزوجية[2]، فضلاً عن عدم جواز الاتفاق على تنصل الزوج من نفقة الزوجة أو الصغير. وفي مجال المعاملات المالية نجد أسس النظام الاقتصادي القائم، وهي التي تعد من المكون الضروري للدولة، وتشغل جانباً من المستوى الفوقي لفكرة النظام العام، القواعد الكلية التي ينبثق عنها عديد من القواعد الفرعية، مثال عدم جواز الاتفاق على منع أي من الأفراد من استعمال ملكه أو التصرف فيه على نحو مشروع، وكذا عدم جواز تقييد المالك بإبقائه في الشيوع مدة تزيد على خمس سنوات (م/٨٣٤ مدني) لما في ذلك من عدوان على حق الملكية الخاصة. وكذا عدم جواز الاتفاق على سعر فائدة أعلى من السعر المقرر قانوناً (م/٢٢٧)، وعدم جواز الاتفاق على حرمان أحد المتعاقدين من حقه في إنقاص الالتزام المرهق في أحوال الحوادث الطارئة (م/١٤٧ مدني).

١٤٠/٣ ـ وذلك جميعه بالإضافة إلى عدد من القواعد الفرعية، التي تنبثق عن القواعد الأخلاقية والقيمية والدينية، التي يتأصل عليها المكونان الضروريان للفرد والجماعة وإليها ترتد بعض القواعد الفرعية؛ كالتي تُحرم مثلاً الاتفاق على ممارسة الفحش أو استغلال العقارات في هذه الأفعال، و تلك التي تمنع المقامرة والرهان، حيث تعتبر كل هذه الاتفاقات باطلة.

وبعد، فهذه هي المستويات الثلاث التي تكون الإطار المفاهيمي لفكرة النظام العام، وتتوزع عليها القواعد القانونية التي تعتبر قواعد نظام عام، حيث تؤلف تلك المستويات البناء الهيكلي لفكرة النظام العام. كل مستوى من هذه المستويات يعد قيداً ومحدداً للمستوى الذي يليه، فالمستوى القاعدي الارتكازي يحد ويقيد المستوى الفوقي، وكلاهما معاً يقيدان المستوى الفرعي، الذي لا يعدو كونه تقعيداً تفصيلياً للمستويين المذكورين.

---

(١) الدكتور السنهوري ـ الوسيط في مصادر الالتزام ـ المرجع السابق ـ ص٤٠٧.

(٢) المرجع السابق ـ ص٤١٠.

الفصل الثاني

النظام العام في الشريعة الإسلامية

١٤١ ـ تمهيد: يعرف النظام القانوني الإسلامي لدى الفقه المعاصر بمسمى «التشريع الإسلامي»[(١)]. وتعنى هذه الدراسة، في هذا الفصل بمحاولة استظهار ما إذا كان هذا النظام القانوني قد عرف مفهوماً شبيهاً بمفهوم النظام العام الوضعي أم لا. فإن كان قد عرفه فما هو؟ وما هي الآليات التي يمكن من مجملها القول بأنها شكلت مفهوم النظام العام؟ أما إذا لم يكن النظام القانوني الإسلامي قد عرف ما يشبه هذا المفهوم فإنه يتعين علينا أن نقف على أسباب ذلك، وأن نحاول استجلاء الكيفية التي استطاع مواجهة ضرورة ضبط حركة الإرادات داخل المجتمع على نحو ما قامت به ـ وظيفياً ـ فكرة النظام العام في القانون الوضعي. لذلك فإن هذا الفصل ينقسم إلى مبحثين:

المبحث الأول: الخصائص العامة للتشريع الإسلامي.

المبحث الثاني: الإطار المرجعي للنظام القانوني الإسلامي.

---

(١) والتشريع الإسلامي مصدر شرَّع (بتشديد الراء) كالشرع مصدر شرَع (بتخفيف الراء المفتوحة)، والمراد وضع أحكام للناس ليعملوا بها ولتطبق على ما يصدر عنهم. فإن كان واضع هذه الأحكام هو الله، سمي شرعاً أو تشريعاً إلٰهياً. وإن كان الواضع هم الناس سمي تشريعاً وضعياً، وقد انتهى الشرع الإسلامي بوفاة الرسول ﷺ. و الشارع وحده هو الله تعالى والرسول مبلغ عنه بواسطة الوحي وبموت الرسول انقطع الوحي، وما زاد بعد وفاته ﷺ إنما جاء استنباطاً من فقهاء الصحابة والتابعين ومن خلفهم من أئمة الاجتهاد: انظر الشيخ أحمد إبراهيم بك ـ علم أصول الفقه وتاريخ التشريع الإسلامي ـ دار الأنصار ـ ص١، ص٢ من الملحق.

المبحث الأول

الخصائص العامة للتشريع الإسلامي

١٤٢ ـ تقسيم: ندرس في هذا المبحث الخصائص العامة للتشريع الإسلامي وأثرها على مبادئ النظام القانوني الإسلامي، كما استجلاها الفقه، في مذاهبه المختلفة. وعلى ذلك فإن هذا المبحث ينقسم إلى مطلبين:

أولهما في تحديد الخصائص العامة وبيان ماهية كل منها.

وثانيهما في الأثر التشريعي لهذه الخصائص.

المطلب الأول

الخصائص العامة وماهيتها

١٤٣ ـ تمهيد: نزل الإسلام على رسول الله ﷺ، ليكون رسولاً ونبياً للعالم أجمع، حيث نزل الإسلام فكرة شاملة ومنهجاً كلياً للإنسان، في حياته، متأصلاً على عدد من المفاهيم الأساسية، مثلت محاور الارتكاز لمفاهيم المعارف التي تبلورت ونمت في ظل منظومته الفكرية الكلية كافة، وهي المفاهيم التي صيغت الحياة الإسلامية مهتدية بهداها. فالإسلام يقوم من الناحية الفلسفية على أصلين اثنين، الأول مفهوم الربانية وذلك من جهتي الغاية (الوجهة) والمصدر (المنهج)، والثاني مفهوم الإنسانية وذلك من جهات الحرية في إطار العبودية لله والمساواة والعدل[١].

أولا: الربانية:

١٤٤ ـ أما المعني بالربانية بحسبها الغاية والوجهة؛ فهو أن الإسلام في هدايته لحياة البشر جميعاً إنما يجعل غايتهم النهائية وهدفهم البعيد، حسن الصلة بالله تعالى وتبارك، والحصول على مرضاته، باعتبار هذه غايات البشر ووجهتهم ومنتهى سعيهم وكدحهم، ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلْإِنسَـٰنُ إِنَّكَ كَادِحٌ إِلَىٰ رَبِّكَ كَدْحًا فَمُلَـٰقِيهِ ۝٦﴾ [الانشقاق]، ﴿وَأَنَّ إِلَىٰ رَبِّكَ ٱلْمُنتَهَىٰ ۝٤٢﴾ [النجم]. فإذا كان للإسلام بوصفه ديناً ودنيا، غايات وأهدافاً إنسانية واجتماعية عظمى، فإنها لا تعدو في حقيقتها أن تكون خادمة للهدف الأسمى الأجل وهو تلمس رضاء الله وحسن مثوبته. فالإسلام أتى بما لم يأت به دين قبله في تنظيمه لحياة الناس والسعي في الأرض والمشي في مناكبها والاستمتاع بطيبات الحياة، ولكنه فيما انتظم لم يكن إلا موجهاً مرشداً للإنسان وهو بصدد ممارسته لشؤونه الحياتية، كي ينضبط حاله عبداً مخلصاً لله ساعياً لمرضاته وحده دون سواه. ومن هنا كان التوحيد جوهر الإسلام وروحه. والتوحيد هو أن يعلم الإنسان ألا إلٰه إلا الله المتفرد بالعبودية والاستعانة ﴿إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ ۝٥﴾ [الفَاتِحَة]، ﴿وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ۝٥٦ مَآ أُرِيدُ مِنْهُم مِّن رِّزْقٍ وَمَآ أُرِيدُ أَن يُطْعِمُونِ ۝٥٧ إِنَّ ٱللَّهَ هُوَ ٱلرَّزَّاقُ ذُو ٱلْقُوَّةِ ٱلْمَتِينُ ۝٥٨﴾ [الذاريات]. وإن الحكمة من خلق الإنسان، أن يكون الإنسان متوجهاً بكيانه الكلي لله تعالى: بمعرفته وعبادته وأداء أمانته على الأرض[٢].

---

(١) الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي ـ الخصائص العامة للإسلام ـ مكتبة وهبة ـ الطبعة الأولى ـ ١٣٦٧هـ ـ ١٩٧٧م ـ ص٥ وما بعدها.

(٢) الدكتور يوسف القرضاوي ـ المرجع السابق ـ ص٧ وما بعدها.

١٤٥ ـ ربانية المصدر والمنهج: وأما ربانية المصدر والمنهج فالمعني بها المنهج الذي خطه الإسلام وصولاً إلى غايته المرسومة وأهدافه المعنية، وهو منهج رباني خالص، لكون مصدره وحي الله تعالى المنزل على خاتم رسله محمد ﷺ. هذا المنهج لم يكن نتيجة إرادة فرد أو أسرة أو طبقة أو حزب أو شعب، وإنما هو نتيجة إرادة الله الواحد الخالق. وفق هذا المنهج للرسول ﷺ مكانة سامية، فهو الداعي إليه، المبين للناس ما اشتبه عليهم من أمره، ﴿وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَىٰ ۝١ مَا ضَلَّ صَاحِبُكُمْ وَمَا غَوَىٰ ۝٢ وَمَا يَنطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ ۝٣ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ ۝٤﴾ [النجم]. فهو دور مأمور به من لدن الحكيم الخبير المحيط بالجميع القادر عليهم. وهو دور ذو وظيفة مزدوجة، الأولى التلقي والحفظ: ﴿سَنُقْرِئُكَ فَلَا تَنسَىٰ ۝٦﴾ [الأعلى]، والثانية التبليغ والدعوة: ﴿يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِن رَّبِّكَ ۖ وَإِن لَّمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَّغْتَ رِسَالَتَهُ﴾ [المائدة: ٦٧]، ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ ۝٤٤﴾ [النحل].

١٤٥/١ ـ ولعل ما يميز الإسلام من وجهته المنهجية، أنه المنظومة الوحيدة في العالم أجمع، التي ترتد في كل مصادرها إلى كلام الله المحفوظ دون تحريف أو تبديل، غير المخلوطة بأوهام البشر وأغلاطهم. إذ قد تعهد الله تعالى بكفالة حفظه ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ ۝٩﴾ [الحجر] وقد صدق وعده، وصارت مصادر هذه المنظومة الربانية كافة مستقاة من القرآن الكريم ومبينة بسنة الرسول ﷺ. تتمثل هذه المصادر التي تشكل المنهج الرباني، في عقيدة التوحيد، وشعائر التعبد لله التي رسم سبحانه كيفيتها، والآداب الأخلاقية التي أرسى أصولها ووضع أسسها، بالإضافة إلى التشريعات الإسلامية الضابطة للحياة الفردية والأسرية والاجتماعية والدولية[1]. والمعني بهذه التشريعات تلك الأسس والمبادئ والأحكام الأصيلة، التي انتظم بها الله مسيرة القافلة البشرية، والتي على هداها يبتني الأفراد والجماعات علاقاتهم.

١٤٥/٢ ـ وأهم ما يميز المنظومة الإسلامية من هذه الوجهة الربانية، أن الحاكمية إنما هي لله تعالى، فلا مشرع سواه، هو الآمر الناهي، المحلل المحرم، المكلف الملزم، وذلك بمقتضى ربوبيته وألوهيته وملكه للخلق أجمعين. فالتشريع حق مطلق له، ليس لسواه حق في هذا الشأن سوى ما أذن هو تعالى فيه، مما ليس فيه نص ملزم وذاك هو عمل المجتهد. فالمجتهد ليس مشرعاً أو حاكماً، وإنما هو مستنبط لحكم الله تعالى غير المصرح به.

ثانيا: الإنسانية:

١٤٦ ـ المقصود بإنسانية رسالة الإسلام باعتبارها أحد المفاهيم الأساسية التي

---

(١) الدكتور يوسف القرضاوي ـ المرجع السابق ـ ص٣٣ وما بعدها.

يؤصل عليها الإسلام منظومته الفكرية والفلسفية، أن الإسلام في ربانيته الغائية، إنساني المقصد، فالله تعالى كرم الإنسان وجعله في الأرض خليفة وسخر له ما في السماوات والأرض، بغية تحقيق سعادته في الدنيا وفوزه بالنعيم المقيم في الآخرة. وقد وهب سبحانه الإنسان عقلاً ومنحه قدرة، ليفكر بالأول ويرجح تنفيذاً بالثاني، وذلك جميعه بأمر الله تعالى ﴿وَمَا تَشَآءُونَ إِلَّآ أَن يَشَآءَ ٱللَّهُ﴾ [الإنسان: ٣٠]. فالإنسان مقصود برسالة الإسلام، خلقه الله في أحسن تقويم وخلق روحه من نفخة روح الله تعالى مسخراً الأكوان لخدمته. لذا يسر الله له سبل العيش وحلل له متع الدنيا، وشرع له من الأحكام، الواجبات والمحرمات، نأياً عن التردي فيما يضر[1]. وفي هذا التوجه الإنساني أقام الإسلام أسسه على عدد من المفاهيم الأساسية التي صبغت المنظومة الإسلامية وميزتها عن غيرها من المنظومات، تلك المفاهيم هي الحرية في إطار العبودية لله وحده، والمساواة، والعدل.

١٤٧ ـ **الحرية**: إن الله تعالى وقد أكمل كلمته بالرسالة المحمدية، فقد أكمل للإنسان حريته، بتحريره من كل ما يكبله من قيود العبودية وآثام الخطيئة، تلك التي كانت تكبله من قبل، وقد أقامت المنظومة الفكرية الإسلامية مفاهيمها على أصل من حرية الإنسان، حتى إن الله تعالى قد خلق للإنسان وحده، دون غيره من باقي مخلوقاته، العقل والإرادة والاختيار، جاعلاً فطرته تكمن في حقه في الاختيار، ﴿إِنَّا عَرَضْنَا ٱلْأَمَانَةَ عَلَى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَٱلْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا ٱلْإِنسَٰنُ إِنَّهُۥ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا ﴿٧٢﴾﴾ [الأحزاب]. وليس أدل على ذلك، مما بينه القرآن بقصة آدم عليه السلام وزوجه، فإذ نهاهما الله عن الأكل من إحدى شجيرات الجنة، منحهما قدرة على الاختيار بين الأكل والامتناع عنه، وإذ اختارا معصية الله وأكلا من الشجرة، وقع عليهما عقاب الله تعالى فأقصيا عن الجنة، قال تعالى ﴿فَإِمَّا يَأْتِيَنَّكُم مِّنِّى هُدًى فَمَنِ ٱتَّبَعَ هُدَاىَ فَلَا يَضِلُّ وَلَا يَشْقَىٰ وَمَنْ أَعْرَضَ عَن ذِكْرِى فَإِنَّ لَهُۥ مَعِيشَةً ضَنكًا﴾ [البقرة: ٣٨]، فما هذا التعبير باتباع الهدى أو الإعراض عنه، إلا تأكيد على الحق في الاختيار أي الحرية التي فطر الإنسان عليها[2]. أي أن الله تعالى، لم يشأ إلا أن يجعل الحرية والحق في الاختيار، قرينين للإنسان بمقتضى ما له من عقل قادر على التمييز والاختيار، هذه الحرية هي موضع الحساب والثواب والعقاب في الآخرة. فمن شاء آمن ومن شاء كفر. فإذا كان الله يخير الإنسان في شأن الإيمان به، فليس ثمة ما هو أدل من ذلك على منحه حرية كاملة في شأن حياته.

---

(١) الدكتور يوسف القرضاوي ـ المرجع السابق ـ ص٥٣ وما بعدها.

(٢) الدكتور محمد سليم العوَّا ـ في النظام السياسي للدولة الإسلامية ـ الطبعة السادسة ـ المكتب المصري الحديث ـ ١٩٨٣ ـ ص٣٦ ـ ٣٧.

١٤٧/١ ـ بيد أن الإسلام باعتباره رسالة خلاص للإنسان، يأبى إلا أن يكمل تحرير الإنسان، مما علق به من عبودية عبر تاريخه البشري. فكما يؤكد تحريره من غواية أنانيته وعبودية غرائزه وشهواته واستسلامه لمطالبه المادية ورغباته الشخصية، وهو طريق الربانية لمن شاء الفلاح في الآخرة، ما فتئ أن ضبط حريته وحقه في الاختيار بضابط البُعد الرباني، فبالإيمان بالله واليوم الآخر، يقف الإنسان موقف الموازنة بين رغبات نفسه ومتطلبات دينه، بين ما تدفعه إليه شهواته وما يأمر به ربه، موازنة دقيقة تخلع عنه نير العبودية للهوى وترتقي به إلى أفق الإنسانية المتحررة من الغرائز الحيوانية، والإسلام في ذلك جميعه، هادياً للإنسان يوجهه إلى الصراط المستقيم(١). ويدفع الإسلام، من جانب آخر، باتجاه تحرير الإنسان من عبودية غيره من البشر، إذ من أشد صور العبودية وأبعدها خطراً خضوع إنسان لإنسان، فيحل له ما يشاء ويحرم عليه ما يشاء، ويأمره بما يريد وينهاه عما يريد. إذ بالفهم الرباني ينفض الإنسان عن نفسه نهجاً بشرياً يخضع فيه لغيره من الناس، مرتداً إلى بارئه رب الناس وخالق الأكوان، الذي له وحده ـ بحكم خلقه ومقتضى ربوبيته ـ الأمر والنهي والتحليل والتحريم.

١٤٧/٢ ـ وبهذا تحرر الإنسان من صورتين من العبودية عانى منهما: أولهما: العبودية للبشر التي تمثلت في هيئتين، الأولى: الانصياع الاستعبادي للحاكم الذي يفرض رأيه، إما بزعمه أنه حكم من لدن إلٰه أعلى، وإما بزعمه أنه هو نفسه إلٰه من وجهة كونه الحاكم المالك، الذي يأمر فيطاع وينهى فينصاع الناس له. ونفى الإسلام عبودية أخرى سادت زمناً طويلاً في المجتمعات التي حكمتها الأديان السماوية اليهودية والمسيحية، حيث ملك الرهبان والأحبار وحدهم سلطان التشريع أمراً ونهياً، مزاحمين الألوهية في سلطانها، دون أن يكون لأحد حق الاعتراض أو المراجعة، ﴿ٱتَّخَذُوٓا۟ أَحْبَارَهُمْ وَرُهْبَٰنَهُمْ أَرْبَابًا مِّن دُونِ ٱللَّهِ وَٱلْمَسِيحَ ٱبْنَ مَرْيَمَ وَمَآ أُمِرُوٓا۟ إِلَّا لِيَعْبُدُوٓا۟ إِلَٰهًا وَٰحِدًا ۖ لَّآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ ۚ سُبْحَٰنَهُۥ عَمَّا يُشْرِكُونَ ﴿٣١﴾﴾ [التوبة]. وبهذا حرر الإسلام الإنسان من ربقة استعباد غيره له(٢). أما ثاني صور التحرير: فقد حرر الإسلام الإنسان من وصمة التلوث بالخطيئة، تلك الفكرة التي زعمت أن الإنسان يولد وارثاً خطيئة آدم الأولى وهي الأكل من الشجرة المحرمة، غير ناج منها إلا بالكفارة والفداء. إذ قرر بداية، أن كل إنسان يولد على الفطرة غير ملوث بأي خطيئة أو مثقل بذنب، فالإنسان مسؤول عن نفسه ولا يحمل وزر غيره، ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ۚ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤]. أما معصية آدم فقد قرر الله تعالى برحمته غفرانها، ﴿وَعَصَىٰٓ ءَادَمُ رَبَّهُۥ فَغَوَىٰ ﴿١٢١﴾ ثُمَّ ٱجْتَبَٰهُ رَبُّهُۥ فَتَابَ عَلَيْهِ وَهَدَىٰ ﴿١٢٢﴾﴾ [طه]. وبذلك تحرر

---

(١) الدكتور يوسف القرضاوي ـ المرجع السابق ـ ص١٦ وما بعدها.

(٢) الدكتور يوسف القرضاوي ـ المرجع السابق ـ ص٥١، ٥٢.

الإنسان في إطاره المعنوي، من عبودية غيره من البشر، كما تحرر من عبودية الإثم التي كانت تثقل كاهله بذنب لم يقترفه، يحيى حياته للتكفير عنها ويقيم عُمره فداء لها. وذلك بالإضافة إلى تحرره في إطاره المادي من متطلبات غرائزه وشهواته. وعليه وإذ تأصلت الفكرة الإسلامية على هدي من مفهوم هذه الحرية، فقد تعينت هذه المنظومة الفكرية، أصلح النظم إطلاقاً مقاومة لجميع صور الاستبداد السلطوي، حتى إن الأمر صيغ في التصور الإسلامي، على أن طاعة السلطة إنما تتوقف على طاعتها هي لله بداية، فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق.

١٤٨ ـ المساواة: لعل من أهم المبادئ التي انطوت عليها المنظومة الفكرية الإسلامية، ما استحدثته خاصاً بمفهوم المساواة. إذ حرر الإسلام الإنسان من مظاهر الاستعباد التي عرفها فساده البشري، ولكنه لم يكن التحرير المتفلت من كل ضابط أو قيد، وإنما هي الحرية المنضبطة انصياعاً بحدود مفهوم الربانية، وذلك لمن شاء الفلاح في الدنيا والآخرة. فنفض الإنسان عن نفسه مظاهر الاستعباد كافة، لينطلق حراً في رحاب مشيئة خالقه، غير عابئ سوى برضاء المولى ﷻ، لا يحجبه حاجب ولا يتوسط بينه وبين ربه وسيط. هذا المفهوم بهذه الكيفية، لم يكن مفهوماً خارقاً في ظل ظروف عصره التي نزل فيها وتقرر، وإنما هو لا زال مفهوماً خارقاً مقارنة بالنظم الفكرية التي عرفتها البشرية جميعاً. فهذا المفهوم في النظر الإسلامي، يتأصل على احترام الإسلام للإنسان، من حيث هو إنسان لا من حيث أي اعتبار آخر، فلا تفرقة بين إنسان وآخر نزولاً على أي عنصر من عناصر التمييز، أكان بالانتساب لقوم أو قبيلة أو لون أو جنس أو طبقة. فالله تعالى يخاطب الناس جميعاً ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ وَجَعَلۡنَٰكُمۡ شُعُوبٗا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْۚ إِنَّ أَكۡرَمَكُمۡ عِندَ ٱللَّهِ أَتۡقَىٰكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٞ ١٣﴾ [الحُجرَات]. ليؤكد رسوله الكريم ﷺ هذا المعنى تفصيلاً في خطبة الوداع قائلاً: (يا أيها الناس إن ربكم واحد وأباكم واحد. ألا لا فضل لعربي على أعجمي ولا لعجمي على عربي، ولا لأحمر على أسود، ولا لأسود على أحمر إلا بالتقوى، إن أكرمكم عند الله أتقاكم)[١]، وذلك لأن (الناس بنو آدم وآدم خلق من تراب)[٢]. وبهذا تسقط كل اعتبارات الفرقة بين العباد، فالبلاد جميعها أرض الله، والبشر جميعهم عيال الله وعباده، ليس لأحدهم قيمة إنسانية تعلو قيمة الآخر، فهي قيمة إنسانية واحدة للجميع، الحاكم إنسان والمحكوم إنسان، رب العمل إنسان والعامل إنسان، الغني إنسان والفقير إنسان، الرجل إنسان والمرأة إنسان، الكل سواسية من الوجهة الإنسانية.

١٤٨/١ ـ والخارق في هذا الخصوص، تعامل الإسلام في منطلقاته الفكرية، مع

---

(١) رواه البيهقي من حديث جابر.

(٢) حديث رسول الله ﷺ: رواه أبو داود والترمذي وحسنه البيهقي.

الجميع من هذه الوجهة الإنسانية، دون اعتبار لعناصر التقدير الأخرى المصاحبة. بل إن «التقوى» ذاتها التي ذكرها الرسول عنصر تمييز لإنسان على آخر، حيث تتعين ضابط تفاضل بين الناس، لا تأثير لها في التطبيق البشري لمفهوم المساواة الإسلامي بحياة الناس، ذلك أن محل التفاضل على هذا النحو هو الآخرة وليس الحياة الدنيا، أمام الله لا بين الناس[1]. ولهذا أثره من الناحية القانونية كما سوف يتبدى لاحقاً.

١٤٨/٢ ـ وتتبدى عظمة الإسلام من هذه الوجهة، في خصوص مفهوم المساواة في أن تقريره لمبدأ المساواة، تأكد من وجهة كونه حقيقة إنسانية اجتماعية بالأساس، قبل أن تكون مبدأً قانونياً. فالإسلام هبة الله للبشرية، أبى إلا أن يتناظر الناس فيما بينهم ـ حتى قبل أن يدخلوا في تعاملات مباشرة ـ سوى على أساس التساوي في القيمة، فلا يعتقد أحد علوه على آخر ولا يتصور أحد أفضليته على آخر، الجميع إخوة متساوون. قد يمنح الله أحدهم تفوقاً بشرياً على آخر في مجال أو آخر من مجالات الحياة، إلا أنه تفوق ليس له من فضل فيه، وإنما هي مشيئته تعالى. فلا وجه لأن يستعلي الإنسان على أخيه، وهو لا فضل له فيما حباه الله من نعمة.

١٤٨/٣ ـ وتتأكد عظمة التصور الإنساني لمفهوم المساواة إذا قارناه بباقي التصورات الوضعية. فالمساواة بتلك التصورات، ظهرت أول ما ظهرت في إعلان الحقوق الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩ على إثر الثورة الفرنسية، وقصد به أن جميع الأفراد متساوون في الحقوق والحريات والتكليفات والواجبات العامة، لا تميز بينهم بسبب جنس أو أصل أو لغة أو عقيدة. أي أن المعني به المساواة القانونية لا المساواة الفعلية، والفارق بين هذين النوعين من المساواة، كبير. فالمساواة القانونية تفيد خضوع جميع الأفراد المتماثلين في الظروف لذات القواعد التي تحد الحريات والحقوق العامة، حال كون المساواة الفعلية إنما تعني انطباق القواعد كافة على الأفراد كافة، مهما تباينت ظروف الخاضعين لها، وأياً ما يكون مدى اختلاف تلك الظروف[2]. وهذا ما حاول الإسلام تحقيقه، عند صياغة تصوره لمفهوم المساواة، إذ كان يستهدف خلق حال اجتماعي يتأسس على أصل المساواة الفعلية بين جميع الأفراد، وهو ما انعكس على العبادات، ففي الصلاة والحج يتجاور الجميع دون أدنى فرقة بين كريم أصل مهيب مقام ورقيق حال. وفي الزكاة لا يكتمل للغني دينه إن لم يقم بأداء جزء من ماله إلى الفقير المعوز، وهكذا يكرس الإسلام ـ حتى في عباداته ـ المساواة الفعلية بين جميع أعضاء المجتمع.

---

(١) الدكتور محمد سليم العوَّا ـ المرجع السابق ـ ص٢٤٣.

(٢) الدكتور محمد سليم العوَّا ـ المرجع السابق ـ ص٢٣٩.

١٤٩ ـ وقد ترتب على تبلور مفهوم المساواة في الإسلام على هذا النحو المذكور، أن تبدلت أحوال العرب جذرياً خلال وقت قصير. فمن بعد وضع جمعي يقوم على العصبية القبلية والتفاخر بالأنساب وأحوال المقامات، غدت التسوية بين أوضاع العرب المسلمين جميعاً الأصل الحاكم للحال العام لهم. فرسول الله ﷺ يزجر صحابته عند شفاعتهم في امرأة سرقت كي لا يقام عليها الحد، قائلاً: (وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها)[١]. ولم يكن الصحابة أقل تمسكاً بتطبيق مفهوم المساواة من رسولهم الكريم، فقصة عمر بن الخطاب خليفة المسلمين مع جبلة بن الأيهم، تدل على ذلك إذ شكا أعرابي إلى عمر ظلم جبلة له دون حق فأبى عمر إلا أن يقتص الأعرابي لحقه من جبلة أو يصفح عنه ويعفو. فعز على الأمير الغسانى أن يفعل به ذلك وهو ملك والأعرابي من السوقة وبرغم تعليل عمر بأن الإسلام قد سوى بينهما فقد رفض الأمير هذا الأمر وخرج من المدينة هارباً مرتداً عن الإسلام. الأمر الذي لم يلق له عمر ولا الصحابة بالاً لنتيجته التي أفضت إلى ارتداد رجل عن دينه ورأوه هيناً أمام عدم تطبيق مبدأ عظيم من مبادئ الإسلام الارتكازية، فخسارة فرد لا تقاس بخسارة مبدأ[٢].

١٤٩/١ ـ وما تجدر ملاحظته، في تلك النوازل المسجلة، أن من تمسك بإعمال مبدأ المساواة على النحو المقرر بالإسلام، لم يكن العامة فقط، بل ولاة الأمور ذواتهم، ما يفيد أن التفاعل مع هذا المفهوم لم يكن على مستوى المسؤولية القانونية وما قد يجره من مسؤولية سياسية وحدهما، وإنما التفاعل كان بالأساس على المستوى الإيماني العقدي. وإلا فكيف يعلل تمسك الحكام أنفسهم وهم لن يطاولهم من المسؤولية القانونية طائل، إلا إذا كان الإيمان العقدي هو هاديهم في هذا الخصوص، بحسبان ما في عدم الانصياع لأعمال مفهوم المساواة من ترتيب لمسؤوليات دينية لها ما لها من آثار، تتمثل في إغضاب الخالق مصدر شرعية هذا النظام من الوجهة السياسية، ومرجع التشريع من الوجهة القانونية، وما لذلك من عواقب حساب في الآخرة. وهذا بالطبع فضلاً عن المسؤولية السياسية التي قد يرتبها، ممثلة في جواز الخروج عن ولي الأمر، كون واجب طاعته يتوقف ابتداء وبقاء على طاعته هو لأمر الله تعالى وأمر رسوله ﷺ.

١٥٠ ـ **العدل**: والحديث عن العدل بوصفه مفهوماً تأصلت عليه المنظومة الفكرية الإسلامية من وجهتها الإنسانية يتطلب التعامل مع هذا المفهوم على مستويين أولهما المستوى البسيط الخاص بالمدلولين اللفظي والاصطلاحي لهذا المفهوم وطريقة تعاطي المنظومة الفكرية الإسلامية معه، وثانيهما المستوى المركب لهذا المفهوم، من جهة

---

(١) الدكتور محمد سليم العوّا ـ المرجع السابق ـ ص٢٤٤.

(٢) الدكتور يوسف القرضاوي ـ المرجع السابق ـ ص٩١، ٩٢.

ابتناء العلاقات الفردية والجمعية والرسمية، على هدىً من كينونة العدالة، أصل شرعة وأساس شرعية لصحة هذه العلاقات.

١٥٠/١ ـ العدل لغةً: فأما على المستوى البسيط لمفهوم العدل، فالمعني لغةً بهذه اللفظة: مال وحاد ورجح، كما في عدل عن الطريق أي رجعه، وعدل في الأمر أي استقام، وعدل الشيء أي أقامه وسوَّاه، يقال عدل فلاناً بفلان أي سوى بينهما، والعادل هو من يوازن بين شيئين[1]. أما في الاصطلاح الإسلامي، فالمقصود بمادة عدل القصد في الأمور والتوسط بين طرفي الإفراط والتفريط، ويسمى المرء نفسه عدلاً إذا كانت حسناته غالبة على سيئاته، وهو ذو المروءة غير المتهم، والعدل خلاف الجور والظلم، والظلم شرعاً هو التعدي عن الحق إلى الباطل[2]. الأمر الذي يفيد، أن العدل هو الاستقامة في الأمر وعدم الحيدة عن جادة الحق.

١٥٠/٢ ـ العدل حقيقة إنسانية: من هذه الزاوية، كانت مقاربة الإسلام لهذا المفهوم، إذ أقام أسسه على هدى من كون العدل حقيقة إنسانية متعينة الوجود ابتداء، والحفظ والصون بقاء، حتى ينصلح للجماعة حالها ويستقيم للفرد عيشه ويستقر للسلطة السياسية الحاكمة أمرها. لذا كان العدل موجباً للمساواة بين الأفراد جميعاً، وكان أصلاً للأخوة الإنسانية، ومرجعاً لصون دماء البشر وأعراضهم وأموالهم وعقولهم. فالعدل في الإسلام هدف إنساني سامٍ، غايته صالح البشر جميعاً في المعاش والمعاد، لا صالح طبقة دون أخرى ولا شعبٍ دون آخر، ولا صالح قيمة مادية دون باقي القيم الأخلاقية والروحية، وهو غاية دنيوية كما هو غاية أخروية[3]. ومن هذا المنطلق بلغت العدالة شأواً في الإسلام، لم تبلغه في غيره من الشرائع والنظم الأخرى قديماً وحديثاً. الأمر الذي يظهره التوكيد الإسلامي عليه مراراً وتكراراً، في القرآن الكريم: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ وَٱلْبَغْىِۚ﴾ [النحل: ٩٠]، ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِۚ﴾ [النساء: ٥٨]. والذي يثير الإعجاب، أن الإسلام لم يستلزم العدل، آمراً به في الشأن الداخلي بين المؤمنين بعضهم بعضاً وحسب، بل استوجبه في العلاقات الإنسانية كافة، وما بداخلها من علاقات بين المؤمنين وأعدائهم ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَـَٔانُ قَوْمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعْدِلُواْۚ ٱعْدِلُواْ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰۖ﴾ [المائدة: ٨].

---

(١) المعجم الوسيط ـ الجزء الثاني ـ مجمع اللغة العربية ـ طبعة ١٣٨١ ـ ١٩٦١ ـ ص٥٩٤ ـ مادة العدل.

(٢) الموسوعة الفقهية ـ الجزء الثلاثون ـ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ـ الكويت ـ ص٥.

(٣) الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي ـ شريعة الإسلام، خلودها وصلاحها للتطبيق في كل زمان ومكان ـ المكتب الإسلامي ـ الطبعة الثالثة ـ ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣ ـ ص٢٠.

١٥٠/٣ ـ **العدل أصل عام**: ويرتقي الإسلام في تعامله مع العدل إلى أعلى مدارج الإنسانية فيستلزمه ليس فقط في الحكم والفعل وهي الأمور المؤثرات، وإنما استلزمه، فضلاً عن ذلك، في القول: ﴿وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَٰلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴿١٥٢﴾﴾ [الأنعام]. ومما يدلل على سمو مكانة العدل في المنظومة الإسلامية، بحسبه أصلاً وركيزة تبتني عليه دعائمها، أن الله تعالى أوجب فرض العدل على الناس ولو بالقوة ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَنصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ﴾ [الحديد: ٢٥] وفي ذلك قال ابن تيمية: «إن المقصود بإرسال الرسل وإنزال الكتب، أن يقوم الناس بالقسط والعدل في حقوق الله وحقوق خلقه، فمن عدل عن الكتاب قوم بالحديد»[١]. ليغدو مفهوم العدل من وجهة دلالته اللفظية والاصطلاحية، كلاً تتأصل عليه الحياة الإسلامية، فالإمام في الصلاة اشترط البعض فيه العدل، وعامل الزكاة اتفق الفقهاء على وجوب عدله، وولي النكاح ذهب البعض إلى اشتراط عدله كالوصي، حال اتفق الفقه إلى وجوب عدل ناظر الوقف وولي المحجور عليه، ليذهب غالب الفقه إلى تعين تحقق العدل في متولي الولاية العامة والقضاء والمحكمين، وكذا في الشهود، واتفقوا على اشتراط عدالة راوي حديث رسول الله ﷺ، كما اتفقوا على وجوب العدل بين الزوجات والعدل بين الأولاد[٢].

١٥٠/٤ ـ **تحريم الظلم وجه لإيجاب العدل**: وإذا كان العدل هو ضد الظلم أو الجور؛ فقد حرم الظلم إطلاقاً إذ قال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا وَظَلَمُوا لَمْ يَكُنِ اللَّهُ لِيَغْفِرَ لَهُمْ وَلَا لِيَهْدِيَهُمْ طَرِيقًا ﴿١٦٨﴾ إِلَّا طَرِيقَ جَهَنَّمَ خَالِدِينَ فِيهَا أَبَدًا وَكَانَ ذَٰلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا ﴿١٦٩﴾﴾ [النساء]. الأمر الذي تلقفه الفقه الإسلامي وعالجه، بحسبان عدم الظلم وعدم الجور وعدم العدوان من مكملات مفهوم العدل الذي ابتنى عليه النظام الفكري والتشريعي للإسلام. فذهب الفقهاء إلى لزوم القضاء على الزوج إذا جار على إحدى زوجاته فلم يقسم لها أو قسم لإحداهن ما يزيد عما قسم للأخريات. ورتبوا حال قيام الحاكم بفرض مال ظلماً لا شبهة فيه على الناس جواز عصيانه وعدم دفع هذا المفروض، ولا يعتبر في امتناعهم بغياً. وذهب الفقه إلى اعتبار من قتل ظلماً شهيداً، ليختلفوا فيما إذا كان يعد شهيداً في الدنيا والآخرة أم في الآخرة فقط، فيجب غسله والصلاة عليه. وقضوا بجواز دعاء المظلوم على الظالم بقدر ما يوجبه ألم ظلمه[٣]. ولهذا جميعه

---

(١) نقلاً عن الدكتور محمد سليم العوّا ـ المرجع السابق ـ ص٢١٥، ٢١٦، حيث يشير إلى كتاب السياسة الشرعية لابن تيمية.

(٢) انظر الموسوعة الفقهية ـ المرجع السابق ـ ص٥ وما بعدها على تفصيل في مادة عدل.

(٣) انظر الموسوعة الفقهية ـ المرجع السابق ـ الجزء التاسع والعشرون ـ ص١٧٠ وما بعدها على التفصيل في مادة الظلم.

دلالته في إفادة اعتناء الإسلام بمفهوم العدل، على مستوى مدلوليه اللفظي والاصطلاحي، فما من شاردة أو واردة قاربت أو مست هذا المفهوم أو أحد مقتضياته إلا وانصب علاج الإسلام لها إقامة لمفهوم العدل على جادة صوابه.

١٥١ ـ العدل في العلاقات داخل المجتمع المسلم: بيد أن مقاربة الإسلام لمفهوم العدل، لم تقتصر على ظاهر مدلوله اللفظي أو الاصطلاحي فحسب، وإنما امتدت أيضا إلى مجال العلاقات داخل المجتمع، ليقيم التصور الفرضي لنموذج علاقة الفرد بالجماعة من جهة، وبين كل منهما والنظام السياسي الحاكم من جهة أخرى، على هدى من ذلك المفهوم، أي على أساس اتزان دقيق بين مصالح كل منهم، فلم يتغول صالح أي من هذه القوى على صالح القوى الأخرى، بخلاف حال النظم الوضعية التي لم تتمكن البتة من توفير تطبيق متكامل للعدل رغم سعيها الحثيث لتحقيقه. إذ المشاهد في نظم الوضعية الليبرالية ومنذ قيام الثورة الفرنسية، تأصلها على محاباة الفرد على حساب الجماعة والدولة، فثمة إسراف شديد في قدر ما تم منحه للأفراد من حقوق لا يكاد يحدها حد أو يقيدها قيد، إلا النزر اليسير وفي أحوال ضيقة. مما ضخم حقوق الفرد وأطغاها على حساب حقوق الجماعة وصوالح الدولة، بل وعلى حساب حقوق الأفراد ذواتهم إذا ما اعتبرنا ما قد يتمتع به بعض من الأفراد من نفوذ سياسي وملاءة مالية، في مواجهة الغالبية ممن يفتقرون لمثل تلك المكنات، وذلك جميعه في ظل تقزم دور الدولة وانسحاب سلطانها عن مراقبة توافر العدل، فضلاً عما لحق مؤسسات الدولة ذاتها، من غبن في علاقتها بأولئك الأفراد ممن حازوا سلطان النفوذ السياسي والملاءة المادية، وهو حال الكثرة الغالبة من المجتمعات البشرية. وإزاء هذا التطرف النظري بما استتبعه من مضاعفات على المستوى التطبيقي، كان رد الفعل عنيفاً، إذ تبلور على محورين: فإما أن تكون الدولة هي من استشعر خطورة الوضع من جراء صياغة العلاقات الاجتماعية في ظل غياب شبه كامل لمفهوم العدل فبادرت ـ مدفوعة برغبة في حماية كيانها السياسي الاجتماعي ـ إلى محاولة إعادة الاتزان لمستويات علاقاتها الاجتماعية عن طريق التدخل المباشر من جانبها في شبكة تلك العلاقات، ليحصل افتئات منها على ما هو مقرر نظرياً من حقوق للأفراد والجماعات لصالحها، أي إنها لم تسع سوى إلى رفع الغبن عنها، وبأقدار محدودة عن باقي أفراد المجتمع، الأمر الذي افتقر بدوره إلى الامتثال شبه الكامل لمفهوم العدل وموجباته، وإما أن تكون الجماعة ذاتها هي التي تصدت لهذا الغبن، فهمت بالثورة على تلك الأوضاع قاضية قضاءً مبرماً على المفهوم الليبرالي لصالح إقامة نظام اجتماعي بديل يقول بدكتاتورية الجماعة كما وقع في بلدان النظم الاشتراكية. فالناظر في حالها يجد الدول التي ابتنت عليها أصولها قد انسحق فيها الفرد كلياً في مواجهة المجتمع الذي ضغط بقوة على المركز القانوني الحقوقي

للأول، حتى كادت حقوقه تنفق، فلا ملكية خاصة ولا حق في التنقل أو التعاقد أو حتى اختيار العمل، ولا حق في إبداء الرأي أو التعبير ولا حرية في الاجتماع. الأمر الذي كاد أن يفضي إلى ذبول الفرد وانكماشه وإلى صدأ قدراته وإمكاناته، مما أضعف المجتمع ذاته، حتى هوت تلك المجتمعات على النحو الذي شهدته نهايات القرن العشرين.

١٥١/١ ـ وكان الوضع على خلاف ذلك في المنظومة الإسلامية، إذ ابتنيت العلاقات داخل المجتمع بين قواه الثلاثة، ابتناء متوازناً، دون تفريط أو إفراط في حقوق أي منهم. بل إن فلسفة الحق ذاتها في هذه المنظومة، لم تقم على أصل الحق المطلق للفرد كما في النظم الليبرالية، ولا الحق المطلق للجماعة ـ ممثلة سياسياً في الدولة ـ كما في النظم الاشتراكية، وإنما تأصل مفهوم الحق باعتباره حقاً مقيداً، أي أنه كما يمنح صاحبه سلطاناً فإنه يفرض عليه التزامات، تتمثل في عدم المساس بحقوق الآخرين، أولاً. وفي استخدام الحق على النحو المقرر له دون تجاوز، ثانياً. وفي ممارسة الحق على النحو المحقق للأهداف الجمعية المرسومة ابتغاء منه، ثالثاً. الأمر الذي غدا معه الحق في التصور الإسلامي حقاً منضبطاً ابتداءً بعدد من الأطر وذاك لصوالح الآخرين. إضافة إلى أن لكل حق في الإسلام، غاية عامة بخلاف الغاية المخصوصة لصاحبه، هذه الغاية العامة هي تحقيق الصالح العام للمجتمع بأسره على مستوى قواه الفاعلة كافة.

١٥١/٢ ـ وعليه فالفرد وهو بصدد ممارسة ما يتقرر له من حق، عليه أن تستوي ممارسته على النحو الذي يشبع الهدف العام المرسوم في هذا الشأن، أي أنه فضلاً عما يحصله من صالح مخصوص، عليه مراعاة صالح الجماعة وكذا صالح السلطة السياسية الحاكمة. الأمر الذي تلتزمه كل من الدولة والجماعة وهما بصدد ممارسة ما لهما من حقوق، فعليهما مراعاة صالح باقي القوى الفاعلة داخل المجتمع، فلا تفتئت أي منهما على حقوق الأفراد. ولعل من أبرز أمثلة ما تقدم، حق الملكية الخاصة، فهذا الحق وفق التصور الإسلامي ليس مطلقاً كما في النظم الليبرالية وليس محظوراً إطلاقاً كما في النظم الاشتراكية، وإنما هو مكفول للأفراد بقيود مقررة لصالح المجتمع أشمل. فثمة قيود على طرق التملك، وثمة قيود على طرق تنمية الملك، وقيود على الإنفاق والاستهلاك، وقيود على عمليات التبادل التي تتم بواسطة المال والبضائع بالإضافة إلى قيود أخلاقية تتأصل على مفهوم الربانية آنف البيان. وهذا جميعه بغية إشاعة العدل بين الناس، والتكافل والتراحم داخل الجماعة، واستقرار الأوضاع لدى السلطة السياسية الحاكمة. وكذلك من أمثلة ما تقدم حق السلطة السياسية في الحكم، فقد عرف الإسلام قبل أن تعرف البشرية جمعاء مفهوم شرعية الحكم، ومن ثم تم تقييد هذا الحق بأصل

شرعته. ففي المنظور الإسلامي، الحاكم منتخب (مولّى) من الأمة، كي يسوس الجماعة على هدي من شرع الله وسنة رسوله، حيث تغدو الشريعة الإسلامية مرجعه فيما يقرره من أحكام ونظم. وبمقتضى سلطته تلك، له على كل من الجماعة والأفراد واجب الطاعة، ما دام قد التزم طاعة الله وأمر رسوله، أي أن طاعته لله ورسوله إنما هي أصل شرعة وجوده على سدة الحكم، وما دام التزم حدود شرعة وجوده، وقيد نفسه بما أمر به الله ورسوله، دام له سلطان حكمه. وإلا وجب على الجماعة عصيانه فيما يأمر به مما يجاوز طاعة الله ورسوله. وبهذا يكون الإسلام قد وضع اللبنة الأساسية في نظم الحكم من وجهة التزام الحاكم فيما يمارسه من وظائف حكمه إطاراً معيناً عليه أن ينضبط داخله، فيما عرف في النظم الحديثة بالمشروعية.

وعليه ومما تقدم يضحى جلياً أن المنظومة الفكرية الإسلامية، وقد أقامت أسسها على أصل من العدل، فقد قاربته من زاوية معناه البسيط من حيث نفي الظلم والجور، ومن زاوية معناه المركب من حيث تقرير أبنية العلاقات داخل هذا المجتمع، بلا افتئات لأيهما على الأخرى.

المطلب الثاني

الأثر التشريعي لخصائص الإسلام

١٥٢ ـ تمهيد: إذا كان الإسلام قد نزل على البشرية كي تهتدي به جماعاتها إلى طريق الصلاح والفلاح في الدنيا كما في الآخرة، مقرراً لها نهجاً معيناً عليها التزام أطره إن شاءت بلوغ منتهاها على هدى منه، ـ أقول: ـ إن كان ذلك كذلك، فقد تأصلت منظومته الفكرية الفلسفية على نحو ما تقدم، على أصلين أساسيين: هما مفهومي الربانية والإنسانية، الربانية بتوكيد البُعد الإلٰهي للحياة الدنيا وبتعيين الآخرة هدفاً وغاية نهائية لهذه الحياة، والإنسانية بإقامة الحياة الدنيا على عمد من أصلح الأنساق القيمية التي تبلغ بها الجماعات منتهى الصلاح في الدنيا دون غضٍّ للطرف عن موجبات الفلاح في الآخرة. لذا كان على الجماعات التي ترتضي الإسلام ديناً، أن تهيئ حياتها على أسس مقتضى المنظومة الفكرية والفلسفية للإسلام. وإذ كان النظام القانوني لأي جماعة بشرية هو بحكم اللزوم من ضروريات حياتها، فقد كان لزاماً على المجتمعات البشرية الإسلامية أن تبني نظامها التشريعي على أصل من المنظومة الفكرية الإسلامية وهي بصدد ضبط مجمل أوجه حياتها. الأمر الذي كان له انعكاسه المباشر على عديد من المفاهيم الأساسية للنظام الشرعي الإسلامي، كالمشروعية وأصل الحقوق ومبدأ سلطان الإرادة، وهو ما سوف نتناوله بالفروع المقبلة.

الفرع الأول

المشـروعية

١٥٣ ـ مفهوم المشروعية الإسلامية وإطاره المرجعي: لعل أول ما يلفت النظر ونحن في صدد بيان أصول النظام التشريعي الإسلامي وتأثير مفهوم الربانية والحرية الإنسانية المنضبطة أصولاً بعبادة الله وحده، هو كيفية ابتناء المشروعية داخل كيان المجتمعات الإسلامية، وبمعنى آخر كيف يتعين إطار المشروعية داخل منظومة التشريع الإسلامي؟

١٥٣/ ١ ـ حداثة المفهوم في الفكر القانوني: مفهوم المشروعية، في حقيقته، حديث نسبياً لتعاصر ظهوره مع ظهور الدولة القومية المعاصرة. وهو يفترض ابتداء وجود دولة، تلك التي تشخص المجتمع في هيئة سلطة سياسية. دولة تنسب غاية وجودها إلى خير الجماعة ـ أياً ما يكون الأصل الفلسفي الذي ترتكز عليه تلك الدولة.

هذه السلطة على هذا النحو، يتعين أن يتوافر لها نظام قانوني قادر على توفير الأمن وتحقيق العدل داخل المجتمع، كونهما عنصرين من عناصر مركب خير الجماعة أي عنصرين من عناصر سند وجودها. فتفرض من الأوامر والنواهي، ما يمكن من بلوغ المستهدف من صالح عام. ليصير النظام القانوني تصويراً مقبولاً لفكرة العدل المستكنة في ضمير الجماعة وتجسيداً سليماً لمعنى الصالح العام[١]. ويفترض مفهوم المشروعية أيضاً ـ وفق ذات النظر ـ تلازماً حتمياً بين السلطة السياسية الحاكمة والقانون، فرغم كون المشروعية مؤصلة على خضوع الجميع لمقتضى النظام القانوني، بما يفيد خضوع الدولة ذاتها لهذا النظام، فإن القانون يظل أحد أصول هذه السلطة السياسية، باعتباره مسوغ انصياع الكافة لأوامرها. فالسلطة السياسية لم تكن ولم توجد إلا لخير المجتمع، والقانون حينما وضع من جانبها، إنما كان كشفاً عن ضمير العدالة، ومن ثم فالسلطة والقانون وجهان لعملة واحدة. الأولى تصنع الثاني والثاني لا سلطان له إلا من خلال الأولى، على قول الفقيه «هوريو»[٢]، وفق مفاهيم المدرسة الوضعية السائدة في الفكر القانوني المعاصر. ومن جانب آخر، يتأصل مفهوم المشروعية على فكرة سيادة الدولة، التي تقوم عليها الدول كافة في وقتنا المعاصر، من حيث السيادة الكاملة لمؤسسات الدولة داخلياً، استعلاءً على جملة الأبنية والنظم القائمة داخل مجتمع الدولة، ومن حيث السيادة الكاملة لها خارجياً، استعلاء لإرادتها في المحيط الدولي، حيث تستوي ـ قانوناً ـ الدول كافة على قدم المساواة. الأمر الذي يعني أن سيادة الدولة إنما هي الاستعلاء داخلياً وخارجياً، بما يتأبى نظرياً على أن يبزها باز، لينتفي عن الدولة كاملاً أي تصور يتعلق بالخضوع لغير ما تنتجه إرادتها الذاتية من تصرفات[٣].

١٥٣/ ٢ ـ وبذلك يستوي مفهوم المشروعية في التصور الوضعي، على قاعدة من كونه انعكاس سيادة الدولة الداخلي، المتمثل فيما تنتجه مؤسساتها المختصة من أوضاع قانونية تنتظم داخله قوى المجتمع كافة، أفراداً وجماعات بل ومؤسسات الدولة ذاتها، بحيث تتحدد شرعية التصرفات التي تتم في ضوء مقتضى اتفاقها أو اختلافها، مع نظم وأحكام وقواعد تلك الأوضاع القانونية الحاكمة. وذاك جميعه في ظل الحاكمية العليا للدولة، مصدر المشروعية وأساس الشرعية في محصلتها النهائية.

١٥٤ ـ وضع فكرة المشروعية إسلامياً: فإن شئنا تلمس وضع المشروعية في النظام الشرعي الإسلامي، وجدنا تبدلاً جذرياً في أصل تكون هذه المشروعية. فالإسلام بنظمه

---

(١) د/ طعيمة الجرف ـ مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون ـ دار النهضة العربية ـ الطبعة الثالثة ـ ١٩٧٦ ـ ص١٣، ١٤.

(٢) طعيمة الجرف ـ المرجع السابق ـ ص٣٣.

(٣) طعيمة الجرف ـ المرجع السابق ـ ص٣٣.

كافة، وهو يقوم على أصل مفهوم الربانية، ينطلق من حقيقة حاكمية الله تعالى وحده، فهو صاحب الخلق ومن ثم المتحكم الأوحد فيهم وفق مشيئته. وهو سبحانه وإذ بعث محمداً ﷺ، بالقرآن الكريم، مقرراً فيما قرره، تنظيماً شاملاً في مجمله لحياة الناس، ومفصلاً في سنة رسوله لما أجمله من أحكام ونظم، إنما كان لتضحى كلمته، هي العليا، داخل المجتمع وخارجه. فبمقتضى ربوبيته واستعلائه يحكم حياة عباده وينتظم أوضاعها وأطرها. ليصير الله تعالى، مصدر جميع الأحكام الشرعية، بما تتضمنه من تصور عقدي عن الله والكون والإنسان، وتصور أخلاقي لمنحى السلوك سواء ظهر مباشرة بالنصوص أم اهتدي إليه بالاجتهاد، فضلاً عن الكليات والأصول الضابطة لحركة المجتمع بقواه المختلفة، تلك الأحكام الخاصة بالسلوك والمعاملات. وعليه فلا تعلو إرادة الله إرادة، ولا يخضع لسواه خاضع، ليتفرد سبحانه بالحكم إطلاقاً وعموماً. بيد أن ذلك الحكم الشرعي الذي يستفاد إما بالنص الثابت بكتاب الله أو سنة نبيه، إنما يتعين باجتهاد العلماء في إطار المنهج الرباني ومن داخل مصادر التشريع الإسلامي المنضبطة ابتداءً بالكتاب والسنة[1]. وعليه فإن المشروعية في التصور الإسلامي تتأسس لا على مفهوم الدولة وسيادتها، وإنما على مفهوم حاكمية الله العليا ومقتضى كلمته الواردة بالكتاب والسنة؛ لتتعين مصادر المشروعية في كلام الله وأحكامه ونظمه وأوضاعه التي قررها لعباده، وفق الرؤية البشرية لها على ما يبلغه اجتهاد ذوي الأهلية لذلك. دلالة ذلك أن المشروعية الإسلامية، وهي ربانية بالأساس، إنما تتمثل مرجعيتها في كلام الله، لقوله تعالى ﴿وَكَلِمَةُ ٱللَّهِ هِىَ ٱلْعُلْيَا﴾ [التوبة: ٤٠]، كما تتمثل في سنة نبيه ﷺ، لقوله تعالى ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَا مِن رَّسُولٍ إِلَّا لِيُطَاعَ بِإِذْنِ ٱللَّهِ ۚ وَلَوْ أَنَّهُمْ إِذ ظَّلَمُوٓا۟ أَنفُسَهُمْ جَآءُوكَ فَٱسْتَغْفَرُوا۟ ٱللَّهَ وَٱسْتَغْفَرَ لَهُمُ ٱلرَّسُولُ لَوَجَدُوا۟ ٱللَّهَ تَوَّابًا رَّحِيمًا ﴿٦٤﴾ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا۟ فِىٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا۟ تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾﴾ [النساء].

١٥٥ ـ آثار اختلاف المرجعية في النظامين الوضعي والإسلامي: إزاء هذا التباين الجذري في محتوى المشروعية، بين النظم الوضعية والنظام الشرعي الإسلامي، فثمة آثار جوهرية تترتب، باعتبار الله تعالى مصدر المشروعية والمرجع الوحيد للأحكام بموجب نسبتها كافة، إليه وحده. وهذه الآثار تتلخص على النحو الآتي:

١/١٥٥ ـ الدولة ليست غاية في ذاتها: لم تعد الدولة ـ بوصفها السلطة السياسية مشخصة الجماعة ـ غاية في ذاتها، ولم تعد القيم المتبناة جميعاً أدوات تستخدمها الدولة لتحقيق مآربها حسبما يترآى لها. وعليه لم يُعد الدين مطية للدولة تستخدمه

---

(١) هشام جعفر ـ الأبعاد السياسية لمفهوم الحاكمية ـ المعهد العالي للفكر الإسلامي ـ سلسلة الرسائل الجامعية (١٤) ـ طبعة ١٤١٦ ـ ١٩٩٥ ـ الطبعة الأولى ـ ص٨٨، ٨٩.

تحقيقاً لصالحها أو صالح المجموع حسب تصورها هي، كما هو حال النظم الوضعية. وإنما غدا الدين أصلاً وباتت الدولة فرعاً، صار الدين الحاكم المتحكم لتخضع الدولة انضباطاً بأطره. ومن ثم لم يعد الأصل السياسي هو صاحب سلطان الهيمنة على العنصر الديني، حيث تبدل الدين من محض عنصر بالمعادلة الاجتماعية، إلى أصل تلك المعادلة، ليصير السياسي عنصراً في المعادلة الدينية الحاكمة للمجتمع أشمل.

١٥٥/ ٢ ـ اختلاف مفهوم المصلحة: وعلى مستوى المصلحة المبتغاة، فثمة افتراق ملحوظ عن حال النظم الوضعية. إذ بنيت فكرة الصالح العام في المنظور الوضعي على أصل من ركيزتين اثنتين[١]، أولهما زمنية المصلحة ومحض دنيويتها، فلا يحدها أي عنصر ديني أو روحي مما يتوفر لها به انضباط فوقي، بل على العكس من ذلك يتم استخدام الدين عنصراً من ضمن عناصر أخرى، وعلى نحو نفعي، تحقيقاً للمنشود من أهداف تلك المصلحة. وثانيهما انفراد الدولة وحدها والقوى السياسية داخلها، بتحديد صالح الجماعة وتعيين عناصر تلك المصلحة. أما فكرة الصالح العام لدى النظام الشرعي الإسلامي، فإنها ترتكز بالأساس على إقامة الدين والتمكين له داخل المجتمع، لتتعين غاية الدولة الأولى والأسمى، في التكريس لسيادة الدين وسلطانه داخل المجتمع. ومن جانب آخر، لا تحدد مصلحة الجماعة وفق أهواء القوى السياسية الفاعلة، وإنما تنضبط على هدي التصور الإسلامي لمصالح الناس، ذاك أن مصلحة الجماعة «سابقة على وجود الجماعة أو الدولة الإسلامية ذاتها ولازمة لها، بحيث تفقد هذه الدولة مبرر وجودها، إذا تخلت عن غايتها أو تنكرت لها»[٢]. وعليه فالنظام السياسي الحاكم، يفقد سند شرعيته، إن هو تنكر لأصل المشروعية الإسلامية الحاكمة، متخلياً عن الغاية الأولى المتعينة في صالح الدين، أو قام ببلورة صوالح للجماعة مباينة لصالحها المقرر بالتصور الإسلامي. وبذاك يضحى التصاق السلطة السياسية الحاكمة بالغاية المقررة إسلامياً، ممثلة في إعلاء سلطان الدين والتمكين له من جهة، وفي استهداف مصالح الجماعة كما هي مقررة بالنهج الإسلامي، وعدم الحيدة عنهما ـ أقول ـ يضحى هذا، شرط ابتداء لمشروعية هذه السلطة، كما هو شرط بقاء لاستمرار هذه المشروعية. ليغدو في إخلال السلطة بأي من مقتضيات تلك الغاية، فقدان لأصل شرعيتها، مما يجيز للجماعة عصيانها برفع واجب التزام طاعتها[٣].

١٥٥/ ٣ ـ مصدر القانون: لم يعد القانون صنعة النظام السياسي الحاكم، من وجهة كسب المشروعية بالانتساب إلى المؤسسات الرسمية المختصة بهذا الشأن. وإنما

(١) الدكتور محمد سليم العوَّا ـ المرجع السابق ـ ص١٥٢.

(٢) المرجع السابق ـ ص١٥٣.

(٣) المرجع السابق ـ ص١٥٣، ١٥٤.

صارت مشروعيته رهينة الانتساب إلى المصدر الإلٰهي. فالتشريع وفق التصور الإسلامي، يتعين فيه للقول بمشروعيته، قيامه تأسساً على المصدر الإلٰهي. كون مقتضى المشروعية الإسلامية، الاعتقاد بصلاحية شرع الله مصدراً للتشريع، وببطلان كافة التشريعات والقوانين التي تناقض هذا الشرع، فضلاً عن إبتناء الكيان الجمعي على أصل من هذا الشرع، حتى يتحقق المنهج الإلٰهي القويم، المتمثل في الإنزال العقدي على الواقع التطبيقي، صبغاً للحياة الجمعية بالأردية الإسلامية. فإذا كانت الغاية الإلٰهية تتمثل في إسلام الناس وجوههم لله تعالى في شؤون حياتهم كافة، فإن ذلك لا يتحقق إن ظل الواقع التطبيقي بمعزل عن الأصل العقدي. ومن ثم فلا مناص من تأصل الحياة على الإطار العقدي العام الحاكم، في تفصيلاته كما في على كلياته وأصوله، الأمر الذي لا فكاك معه في خاصة الشأن التشريعي، من الاستمساك بالشريعة الإسلامية باعتبارها مرجعاً تشريعياً حاكماً، ليغدو النظام القانوني صنعة الإطار الديني الحاكم وليس صنعة الدولة. بل وفضلاً عن ذلك فإن الدولة ذاتها تعد ـ كما هو حال النظام القانوني ـ صنعة هذا الدين، فكل من الدولة والنظام القانوني الحاكم بها، يستمد من الدين أصل شرعته، وكلاهما يؤصل أوضاعه وأحكامه ومفاهيمه كافة ويضبط حركته حسب نظم هذا الدين.

١٥٥/ ٤ ـ لا صراع بين الدولة والجماعة: بنزول الإسلام، ونحن هنا نتحدث على مستوى التنظير لا التطبيق، حدثت مصالحة تاريخية بين الجماعة ـ هيئة الأفراد المؤلفة لكيان المجتمع ـ وبين الدولة ـ النظام السياسي الحاكم مشخص هذا المجتمع. فالمشاهد بالاستعراض التاريخي السالف، أن ثمة فراقاً، كان دوما قائماً، ما بين الجماعة والسلطة السياسية التي تبلورت بعد حين في هيئة الدولة المعاصرة، فراقاً تمثل في اختلاف القيم والأهداف والمصالح بين كل منهما، فلم تكن الدولة تعبيراً أميناً لطموحات الجماعة بكاملها، وإنما كانت دوماً تعبر عن طموح جزء منها ـ طائفة أو طبقة أو عرق أو جنس معين ـ دون باقي أجزاء الجماعة، وهكذا نشأ الصراع الداخلي الدائم بين الجماعة وبين السلطة السياسية الحاكمة، وهو صراع كان مبعثه ما كانت الدولة تفرضه من أنساق قيمية تنتمي إلى مصالح القائمين عليها وحدهم من المهيمنين على سلطان الحكم، التي تختلف عما يَراه سائر أفراد الجماعة، بل وكثيراً ما كان الافتراق يصيب المعتنق الأيديولوجي أو العقدي ذاته، مما كان يرتب آثاره على جميع مستويات الواقع المعاش بدء من الغايات المقصدية الكلية وانتهاء بالتفاصيل الحياتية اليومية. الأمر الذي خلق حالاً من التوتر الدائم بين الجماعة المحكومة والدولة الحاكمة. بيد أنه ومع نزول الإسلام، حدث تبدل تاريخي في العلاقة بين السلطة الحاكمة والجماعة المحكومة، فلم تعد الأولى ـ نظرياً ـ حكراً على فئة معينة من تلك

الأخيرة، ولم تعد الثانية تستشعر تهميشاً لها على المستوى العقدي أو الفكري أو مستوى الغايات المقصدية المبلورة كلياً. فالكل يدين بالإسلام، والكل يستمد منه أصل شرعته، ومنه يتشكل إطار المشروعية. فالله تعالى هو المرجع من قبل ومن بعد، وفي شريعته تتحدد الولايات العامة وحدود سلطانها وضوابط حكمها واختصاصها، وإلى الله يتوجه الجميع في الأعمال كافة، ليرتفع عن العمل سند مشروعيته إن استوى بعيداً عن تلك الوجهة الربانية. وعليه فعلى المستوى النظري، توحدت مرجعيات كل من الجماعة وسلطة الحكم السياسي. أما على المستوى العملي التطبيقي، فقد كانت أصول الشريعة الإسلامية وكلياتها، مما انطوى عليه الكتاب وفصلته السنة النبوية من أحكام وقواعد، هي الضابط المحدد لحياة الجماعة وحدود علاقتها بسلطة الحكم، ليتعين مناط طاعة الجماعة لهذه السلطة الحاكمة بمدى التزامها كلام الله وسنة نبيه وأحكام شريعته. وعليه، وإذ انتفى الافتراق بين الجماعة والسلطة السياسية على المستوى النظري، فقد انعكس ذلك عملياً على المستوى التطبيقي، فما فتئت سلطة الحكم تستمد أصل مشروعيتها من الإسلام، حتى صار انصياعها لضوابط الشرع الإسلامي أمراً متعيناً لتقرير طاعة الجماعة لها، التي صار لها حق العصيان عند خروج السلطة عن مقتضيات هذا الشرع. الأمر الذي كان من انعكاساته أن غدا التشريع الإسلامي تابعاً للنص المنزل لا لرؤية السلطة الحاكمة وأهوائها. لتضحى المصلحة تلك المقررة من قبل الشرع، لا المصالح المخصوصة حسب الرؤية الإنسانية. فالمعتبر من المصالح، إنما هو المصالح المقررة وفق الكتاب والسنة فحسب.

الفرع الثاني
الحق ومبدأ سلطان الإرادة

١٥٦ ـ أولاً: الحق في الفكر الشرعي الإسلامي: الحق لغة صح وثبت وصدق، قال الله تعالى: ﴿لِّيُنذِرَ مَن كَانَ حَيًّا وَيَحِقَّ ٱلْقَوْلُ عَلَى ٱلْكَٰفِرِينَ ۝٧٠﴾ [يس]، ويقال: يحق عليك أن تفعل كذا: أي يجب، ويحق لك أن تفعل كذا: أي يسوغ، وحقيق على ذلك: أي واجب[1]. جاء في لسان العرب، حق: إما تعني صار وإما ثبت. «وقال الأزهري: معناه وجب يجب وجوباً، وحُق عليه القول وأحققته أنا»، أي: وجب وأوجبته. ويحق عليه أن يفعل كذا: يجب، استحق الشيء: استوجبه، وفي التنزيل ﴿فَإِنْ عُثِرَ عَلَىٰٓ أَنَّهُمَا ٱسْتَحَقَّآ إِثْمًا﴾ [المائدة: ١٠٧] أي: استوجباه بالخيانة[2]. حال استقر الاصطلاح الإسلامي على أن للحق معنيين، أولهما: الحكم المطابق للواقع ويطلق على

---

(١) المعجم الوسيط ـ المرجع السابق ـ الجزء الأول ـ ص١٨٧.

(٢) لسان العرب ـ ابن منظور ـ دار المعارف ـ الجزء الثاني ـ ص٩٣٩ وما بعدها.

الأقوال والعقائد والأديان والمذاهب، باعتبار اشتمالها على ذلك، ويقابله الباطل. أما ثانيهما: فيكون بمعنى الواجب الثابت[1].

١٥٦/١ ـ **التداخل بين الحق والواجب**: وهكذا يتبين أن هناك تداخلاً في المفهوم اللغوي ما بين «الحق» و«الواجب»، كون مناط التميز في المعنى بين كل منهما لغوياً، إنما يكمن في حرف الجر الذي يليهما. «وجب له» و«واجب له» إنما تعنيان «حُق له»، أما «وجب عليه» و«واجب عليه» فتعنيان «حُق عليه». الأمر الذي يؤكده المعنى اللغوي للواجب، إذ وجوب الشيء إنما يعني لزومه، وأوجبه هو وأوجبه الله واستوجبه، فإنما تعني استحقه، ويقال وجب الشيء وبه يجب وجوباً إذا ثبت ولزم[2].

١٥٦/٢ ـ وبيِّنٌ أن المنظومة الإسلامية، وهي العربية ثقافياً، إنما ابتنت المفهوم الاصطلاحي «للحق»، على أصل من معنى الجذر اللغوي لكلمة «حق»، وذلك من وجهة التداخل ما بين مفهوم كل من «الحق» و«الواجب»، حتى غدا مضمون الحق في الاصطلاح الإسلامي ينطوي على معنيين أحدهما الواجب الثابت[3]. من هذا الفهم، يمكن رصد القاعدة الأساسية التي تبلور على سندها مفهوم «الحق» في التشريع الإسلامي، ففي نظرنا أن الحق لا يفيد امتيازاً خالصاً مجرداً إطلاقاً لصاحبه، وإنما يخصه من المكنات بقدر ما يحمله من الواجبات. إذ الحق يتضمن ذاتياً وجهين من الواجبات.

١٥٦/٣ ـ أما الوجه الأول فهو ما يثقل كاهل الآخرين من التزامات تجاه صاحب الحق. ووفق النظريات الاجتماعية يثقل كاهل صاحب الحق ذاته تجاه الجماعة، بأن يستخدم الحق على نحو ما يوفر به للجماعة ما هو مقرر تحصيله جمعياً من ورائه، وذلك في أحوال تعلق الحق بعلاقة متبادلة بين اثنين أو أكثر يمثل الحق المقرر لأحد طرفيها واجباً على طرفها الآخر. هذا الوجه من الواجبات أمر متحقق لدى النظم التشريعية كافة، الوضعي منها والإسلامي، ويمكن تسمية هذا الوجه من الواجبات بالواجبات الخارجية.

١٥٦/٤ ـ **صاحب الحق مقيد بالشرع**: وأما الوجه الآخر الذي يتضمنه الحق، وهو الذي تتكون به الواجبات الداخلية الذاتية، فهو ذاك الذي يثقل كاهل صاحب الحق نفسه، بسبب هذا الحق ذاته. هذا الوجه الأخير هو موضع عنايتنا ومقصودنا بهذا

---

(١) الموسوعة الفقهية ـ المرجع السابق ـ الجزء ١٨ ـ ص٧.

(٢) لسان العرب ـ المرجع السابق ـ الجزء السادس ـ ص٤٧٦٦.

(٣) الروافد الفكرية العربية الإسلامية لمفهوم التنمية البشرية ـ أحد الأبحاث المقدمة لندوة التنمية البشرية في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية ـ الطبعة الأولى ـ بيروت ـ شباط/فبراير ١٩٩٥، ص٤٩، ٥٠.

الخصوص. إذ التصور الوضعي للحق لا يعبأ نهائياً سوى بمكناته وبما يقرره من امتياز يرتبه لصاحبه فضلاً عن الامتياز الذي يثقل كاهل الغير نتيجة هذا الحق. أما التصور الفقهي الإسلامي فبحكم انطلاقه من الحقيقة الربانية للحياة، التي تتأصل على الاعتراف بالله تعالى والاعتراف له سبحانه بالمرجعية التشريعية في الجزء الاختياري في حياة العباد، كما هو معترف له بحاكميته على الجزء غير الاختياري منها، إنما يرى الحق باعتباره منحة من الله تعالى للإنسان التي أودعها إياه[1]. ومن ثم فليس في الحق من قدرات، سوى تلك التي خولها الله تعالى له إبتداء. وعليه فإزاء كون الحق وديعة، لا يكون الإنسان متصرفاً فيها حسبما يشاء، وإنما هو ملتزم من وجهة كونه مودعاً لديه بواجب صيانة الوديعة وحفظها وعدم استخدامها على غير ما هو مقرر لها شرعاً. فسلطان الإنسان على الحق، منضبط بالحدود المعينة من قبل الله سبحانه في الانتفاع بهذا الحق، إذ الإنسان ما نال هذا الحق بقدرته وإنما ناله بقدرة الله تعالى، فوجب عليه عندئذ استخدام الحق على نحو ما هو مأمور به من لدن خالقه. ومن ثم غدا الحق في المنظور الفقهي واجباً على صاحبه كما هو امتياز له. أي إنه في البيان الدقيق، لا يعدو كونه مركزاً قانونياً يتهيأ فيه صاحبه، فينشئ له مكنات تترتب عليها ذاتياً التزامات تثقل كاهل شاغل هذا المركز.

١٥٦/ ٥ ـ اختلاف قيود الشرع باختلاف الحقوق: تتعين تلك الالتزامات التي ينطوي عليها كل حق، وفق طبيعة كل مركز قانوني أي على هدى طبيعة الحق المقرر. كحق الإنسان في الحياة، هذا الحق هبة من الله تعالى للإنسان، ﴿وَهُوَ ٱلَّذِىٓ أَحۡيَاكُمۡ ثُمَّ يُمِيتُكُمۡ﴾ [الحجّ: ٦٦]، إذ الله سبحانه ﴿ٱلَّذِىٓ أَحۡسَنَ كُلَّ شَىۡءٍ خَلَقَهُۥۖ وَبَدَأَ خَلۡقَ ٱلۡإِنسَٰنِ مِن طِينٍ ﴿٧﴾ ثُمَّ جَعَلَ نَسۡلَهُۥ مِن سُلَٰلَةٍ مِّن مَّآءٍ مَّهِينٍ ﴿٨﴾ ثُمَّ سَوَّىٰهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِن رُّوحِهِۦۖ وَجَعَلَ لَكُمُ ٱلسَّمۡعَ وَٱلۡأَبۡصَٰرَ وَٱلۡأَفۡـِٔدَةَۚ﴾ [السجدة]. ومن ثم صارت الحياة حقاً مؤمناً للإنسان ليس لأحد أن يمسها، بما يتشكل به الواجب الخارجي لهذا الحق، فهو واجب على الغير يلزمه بألا يرتكب ما يصيب الإنسان في أصل حياته أو سلامة جسمه وروحه. بيد أن ثمة واجباً داخلياً يتضمنه هذا الحق، أيضا، يتمثل في التزام الإنسان نفسه بألا يمس حياته الذاتية بضرر وألا يصيب جسمه أو روحه بأي أذىً، ومن هنا كان تحريم الله تعالى قتل الإنسان نفسه، الانتحار، ﴿وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾ وَمَن يَفۡعَلۡ ذَٰلِكَ عُدۡوَٰنًا وَظُلۡمًا فَسَوۡفَ نُصۡلِيهِ نَارًاۚ﴾ [النساء]. ويمكن التمثيل كذلك أيضاً بحق الإنسان في التمتع بحياته، قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَنفِقُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبۡتُمۡ وَمِمَّآ أَخۡرَجۡنَا لَكُم مِّنَ ٱلۡأَرۡضِۖ﴾ [البقرة: ٢٦٧] و ﴿وَجَعَلَ لَكُم مِّنۡ أَزۡوَٰجِكُم بَنِينَ

(١) أبو الأعلى المودودي ـ نظرية الإسلام وهديه في السياسة والقانون والدستور ـ الدار السعودية للنشر والتوزيع ـ طبعة ١٤٠٥هـ ،١٩٨٥م ـ ص١٣٠، ١٣١.

﴿وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِۚ﴾ [النحل: ٧٢]، أي: أنه سبحانه خلق الإنسان في الحياة ليحياها متمتعاً بما أحله تعالى له. إلا أن ثمة واجبات يرتبها مقتضى هذا الحق، الوجه الأول منها يخص الواجبات الخارجية، متمثلاً في عدم إضرار الإنسان، في استمتاعه بما أحله الله، بالغير أكان فرداً واحداً أم مجموعة معينة من الأفراد أم مجمل الجماعة التي يعيش فيها. وأما الوجه الآخر المتعلق بالواجبات الداخلية، فيتمثل في ألا يضر الإنسان نفسه بنفسه نتيجة تمتعه بهذا الحلال.

٦/١٥٦ ـ وكذا حق الإنسان في الاعتقاد، فالله تعالى وبمقتضى ما منحه للإنسان من حرية في الاختيار ﴿إِنَّا خَلَقْنَا ٱلْإِنسَٰنَ مِن نُّطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَّبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَٰهُ سَمِيعًۢا بَصِيرًا ۝٢ إِنَّا هَدَيْنَٰهُ ٱلسَّبِيلَ إِمَّا شَاكِرًا وَإِمَّا كَفُورًا ۝٣﴾ [الإنسان]، منح الإنسان حقاً في الاعتقاد، فله الإيمان بالله تعالى إيماناً صادقاً وفق النهج الرباني المقرر بالإسلام، وله الإيمان بالله إيماناً مشوهاً محرفاً حسبما استوت الأديان السماوية الأخرى، بل له الكفر به إطلاقاً ـ والعياذ بالله ـ. وفي ذلك جميعه أقر الإسلام حق الإنسان في اختياره بهذا الشأن، مؤمناً له حقه في استبقاء اختياره، بما انتظمه من أحكام لحفظ العلاقات بين المسلمين وغيرهم من أهل النحل والملل، أمَّن فيها أولئك على حالهم ما داموا لم يناصبوا الإسلام العداء. فقد قال تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ وَظَٰهَرُوا عَلَىٰٓ إِخْرَاجِكُمْ أَن تَوَلَّوْهُمْۚ وَمَن يَتَوَلَّهُمْ فَأُولَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ۝٩﴾ [المُمتَحنَة] وهذا يعني أن ثمة واجباً عاماً على المسلمين كافة أن يقوموا بالقسط لغير المسلمين وبرهم، ولو كانوا كفاراً بالله وبالإسلام، ما داموا لم يقاتلوا الإسلام ولا المسلمين، وهو التزام يرتقي مرتبة أعلى، إن كان غير المسلمين من أهل الأديان السماوية، فالله سبحانه يقول: ﴿وَلَا تُجَٰدِلُوٓا أَهْلَ ٱلْكِتَٰبِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ إِلَّا ٱلَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْهُمْۖ وَقُولُوٓا ءَامَنَّا بِٱلَّذِىٓ أُنزِلَ إِلَيْنَا وَأُنزِلَ إِلَيْكُمْ وَإِلَٰهُنَا وَإِلَٰهُكُمْ وَٰحِدٌ وَنَحْنُ لَهُۥ مُسْلِمُونَ ۝٤٦﴾ [العَنكبوت: ٤٦][١]. وبذلك أصبح الحق في الاعتقاد حقاً ثابتاً يرتب واجبات خارجية على المسلمين، بتوفير الأمن لغير المسلمين في معيشتهم داخل ديار الإسلام حافظين لهم معتنقهم المختار بعدم إكراههم على الإسلام، إذ ﴿لَآ إِكْرَاهَ فِى ٱلدِّينِۖ قَد تَّبَيَّنَ ٱلرُّشْدُ مِنَ ٱلْغَىِّۚ﴾ [البَقَرَة: ٢٥٦]. بيد أن هذا الحق يرتب آثاراً داخلية تقع على غير المسلمين المتمتعين به، تتمثل في وجوب التزامهم ذات ما يلتزمه المسلم من أحكام تخص السلوك بالمجتمع الإسلامي، ومراعاة شعور المسلمين، وعدم مناصرة أهل دار الحرب[٢]. بل ويرتب واجباً داخلياً آخر ـ أكثر عمومية ـ يتمثل في التزام كل إنسان، من حيث هو إنسان، بتخير الإسلام ديناً إن

---

(١) الدكتور يوسف القرضاوي ـ غير المسلمين في المجتمع الإسلامي ـ مكتبة وهبة ـ الطبعة الأولى ـ ١٣٩٧ هـ، ١٩٧٧م ـ ص٥، ٦.

(٢) الدكتور يوسف القرضاوي ـ المرجع السابق ـ ص٣٩.

شاء الفلاح في الدنيا والآخرة. ولعل هذا الحق، بما يقرره من حقوق لأصحابه وواجبات عليهم وعلى غيرهم من المسلمين، إنما يمثل جوهر عقد الذمة، الذي هو من العقود الدستورية العامة، التي كانت تبرمها الجماعة السياسية العامة للمسلمين مع بعض الجماعات الفرعية المنتمية لدار الإسلام، بمقتضاه يقر غير المسلمين على دينهم متمتعين بحماية الجماعة الإسلامية ورعايتها، شريطة التزام الجماعة الفرعية أحكام النهج الإسلامي في غير الشأن الديني[١]. وعلى الرغم من زوال هذا العقد ـ تاريخياً ـ بتغير الأوضاع السياسية للدولة الإسلامية التي أبرمته، فإن دلالة أحكامه على الرعاية الواجبة، في الشريعة لمعتنقي غير الإسلام داخل الدولة الإسلامية، تبقى واضحة[٢]. وبذلك نكون قد انتقلنا في معرض التدليل على تصورنا لمفهوم الحق في الفقه الإسلامي، من الحق الفردي الخاص إلى الحق الجمعي العام. ولسوف تتضح الحقوق العامة بعد، فيما يلي من عرض لأنواع الحقوق في الإسلام.

١٥٧ ـ **تقسيم الحقوق إلى حق لله وحق للعبد:** مما يدعم رأينا في هذا الخصوص، ما اعتمده غالب الفقه الإسلامي من تقسيم للحقوق إلى حقوق لله وحقوق للعبد[٣]. فالشائع لدى العلماء أنها أربعة أقسام، الأول هو حقوق خالصة لله، والثاني هو حقوق خالصة للعبد، والثالث ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب؛ كحد القذف، أما الرابع فهو ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب؛ كالقصاص[٤]. وهي عند جانب من الفقه ثلاثة أقسام فقط، إذ يذهب الإمام القرافي إلى انقسام الحقوق إلى: حقوق لله تعالى فقط وهي القائمة على أوامر الله ونواهيه كوجوب الإيمان وتحريم الكفر. وحقوق للعبد فقط وهي القائمة على مصالحه والتكاليف كالديون و الأثمان. وحقوق اختلف فيها هل يغلب عليها حق الله أم حق العبد، ومناط التغليب في هذا القسم الثالث، إنما هو قدرة العبد على إسقاط الحق، فإن أمكنه ذلك كان حقه فيه غالباً، وإن لم يمكنه كان حق الله فيه غالباً[٥]. بيد أن ما نراه أقرب إلى الصحة في هذا الخصوص، ذاك الرأي الذاهب إلى أن ليس ثمة حق خالص، أكان لله أم للعبد. فلله دوماً حق، كون كل تكليف إنما

---

(١) الدكتور يوسف القرضاوي ـ غير المسلمين في المجتمع الإسلامي ـ ص٧.

(٢) يذهب رأي فقهي حديث إلى أن الذمة، من حيث عقد لا وضع، مسألة تاريخية لم يُعد لها وجود في النظام القانوني الإسلامي المعاصر. انظر: الدكتور محمد سليم العوَّا ـ في النظام السياسي ـ الطبعة السابعة ـ دار الشروق ١٩٨٩ ـ ص٢٥٥.

(٣) الدكتور جمال عطية ـ حقوق الإنسان في الإسلام النظرية العامة ـ ص٢٠.

(٤) المرجع السابق ـ ص٢٠.

(٥) الفروق ـ أحمد بن إدريس بن عبد الرحمٰن الصنهاجي المشهور بالقرافي ـ عالم الكتب ـ بيروت ـ الجزء الأول ـ الفرق الثاني والعشرين ـ ص١٤٠.

هو حق لله، وقد كان لله ألا يجعل للعبد حقاً أصلاً. وكذلك كل حكم شرعي ـ وإن كان من قبيل الإيمان بالله وتحريم الكفر ـ إنما هو في صالح العبد إن عاجلاً أو آجلاً[1]. لينتهي هذا الرأي إلى أن الحقوق نوعان، نوع غلب فيه حق الله ويطلق عليه اختصاراً حق الله، ونوع آخر غلب فيه حق العبد ويطلق عليه اختصاراً حق العبد[2]. وعليه يقرر هذا الاتجاه، أن حقوق الله إنما هي ما قصد به قصداً أولياً، التقرب إلى الله ﷻ وإقامة دينه، كالعبادات الواجبة من الصلاة والصوم، وما قصد به حماية المجتمع بأن ترتبت عليه مصلحة عامة له من غير اختصاص بأحد، أي هي حقوق جماعية تم نسبتها إلى الله تعظيماً وتشريفاً لها ومنعاً لعدوان ذوي الجاه والسلطان عليها، وأخيراً ما قصد به حماية من يظن به الضعف عن حماية حقه، كالقاصر والصغير الذي لا حاضن له[3]. أما حق العبد فهو ما ترتبت عليه مصلحة خاصة لفرد أو أفراد معينين كحق كل إنسان في داره وعمله وزوجته فيما يسمى بالحق الخاص[4].

١٥٧/١ ـ ووجه الدلالة فيما تقدم على منتهى بحثنا، أنه إذا كان ثمة تقابل دائم بين حقوق العباد وحقوق الله، كون كل حق فيه للعبد كما فيه لله تعالى، فثمة واجب دائم ينطوي عليه كل حق ـ أكان الحق فردياً خاصاً أم جمعياً عاماً ـ. ذلك أن العبد وهو بصدد أخص حقوقه الفردية كما في حقه المقرر على ملكه الخاص، يجب عليه صونه وحمايته على نحو ما ينتفع به المجتمع، «فاختصاص صاحب الحق الخاص به ليس اختصاصاً كاملاً، وليست له حرية مطلقة في التمتع به كما قد يتبادر من وصفه بالخاص، بل الواقع أن للجماعة فيه حقاً عاماً ومشتركاً بينهم»[5]، وذلك من وجهتين: الأولى، أن تصرف الشخص في حقه مشروط بسلامة الغير من أي ضرر قد ينشأ عن استعمال هذا الحق وهو ما يجعل للجماعة حق منع صاحب الحق من استعماله الاستعمال الضار بهم، على ما ذهب إليه الفقهاء من عدم جواز استعمال المالك ملكه استعمالاً يترتب عليه ضرر بيِّنٌ بجيرانه. وأما الوجهة الثانية فهي أن الحق الخاص كما جعل سبحانه فيه مصلحة فردية لصاحبه، جعل فيه مصلحة اجتماعية لصالح الجماعة، لاحتسابه من ثروات الجماعة التي تعتمد عليها، لذا نهي الشخص عن إتلاف ماله وعن تبذيره، للخسر الذي يصيب الجماعة من جراء ذلك. الأمر الذي يؤكده النهي الوارد عن الاحتكار ورفع الأسعار[6]، والأمر الوارد بالمحافظة على مال الصغير والسفيه في قوله

---

(١) الفروق ـ المرجع السابق ـ تعليق ابن الشاف عليه في الفرق الثاني والعشرين.

(٢) الدكتور جمال الدين عطية ـ المرجع السابق ـ ص٢١.

(٣) المرجع السابق ـ ص٢٢.

(٤) المرجع السابق ـ ص٢٤.

(٥) المرجع السابق ـ ص٢٤، ص٢٥.

(٦) المرجع السابق ـ ص٢٥.

تعالى ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا﴾ [النِّساء: ٥] والنهي عن اكتناز الثروة في قوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يَكْنِزُونَ ٱلذَّهَبَ وَٱلْفِضَّةَ وَلَا يُنفِقُونَهَا فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ ﴿٣٤﴾﴾ [التّوبَة].

٢/١٥٧ ـ تقسيم العز بن عبد السلام للحقوق: وما يؤكد ذلك، ما ذهب إليه سلطان العلماء، العز بن عبد السلام، في تقسيمه الفريد للحقوق إلى أربع: «حق الله على العباد، وحق لكل عبد على نفسه، وحق لبعض العباد على بعض، وحق للبهائم على العباد. وهي منقسمة إلى فرض عين وفرض كفاية وسنة عين وسنة كفاية، وليس في حق العبد على نفسه فرض كفاية ولا سنة كفاية»[1]. ما يتضح منه بجلاء أن مناط تعيين الحقوق لديه، إنما هو ما ترتبه من واجبات على صاحب الحق، فقد أبان الحق من وجهة الغرض، أي الواجب الذي يقرره، سواء على صاحبه أو على الغير. وأساس التمييز بينها جميعها، يكمن فيمن يتوجه إليه الواجب المقرر، وفي مدى لزوم هذا الواجب، ومدى تعينه. وإن كان ما يعنينا في هذا الخصوص مقاربة الإمام للحق من زاوية ما يرتبه من واجب.

١٥٨ ـ الحقوق الجمعية: فإن كان ذلك كذلك، ونحن بصدد الحقوق الفردية، فالأمر ليس ببعيد في شأن الحقوق الجمعية العامة، ذاك أنه إذا كان للجماعة السياسية العامة وكذلك الجماعات الفرعية ذات وحدات الانتماء المخصوصة، داخل هذه الجماعة العامة حقوق على أفرادها، من ولاء وطاعة وانصياع لنظمها، فإن هذا الحق ليس حقاً عاماً مطلقاً، بحيث ينسحق الفرد كاملاً داخل جماعته، دون أن يكون له أي حقوق قبلها. فالمجتمع في النظر الإسلامي أسرة مترابطة، يرتبط أفرادها بروابط الإيمان والإسلام، حيث يلتقي الجميع على غاية واحدة ومنهج واحد، يجمعهم وحدة الشعور والعاطفة والمصير. أي أن المجتمع الإسلامي جسد واحد كل جهاز أو عضو أو خلية به، يرتبط حتماً بباقي أجهزته، يمدها ويستمد منها، ينفعها وينتفع منها. ومن هذه الزاوية فحق المجتمع في طاعة الأفراد له، ينطوي داخليا على واجب التزامه حماية كل فرد من أفراده، وصون حاله، وإشاعة العدل بين أفراده كافة. وهنا يتعين واجب المجتمع في كفالة المعوزين من أفراده، الذين تقطعت بهم سبل العيش والارتزاق، فإعانة هؤلاء فرض كفاية على المجتمع كله، ومن هنا يتعين هذا الواجب في ذمة الدولة المشخص السياسي للجماعة، إن لم يتصد أي من أفراد المجتمع أو جماعاته الفرعية لإعانة المحتاج. وتفصيلاً، نجد أن هذا الواجب الملقى على عاتق الجماعة، إنما هو كذلك على ثلاثة مستويات: متدرجاً من حال الواجب الفردي الملقى على الغني تجاه

---

(١) عبد العزيز عبد السلام السلمي ـ القواعد الصغرى ـ دار الفكر المعاصر ـ دمشق ـ الطبعة الأولى ـ ١٤١٦هـ ـ تحقيق: إياد خالد الطباع ـ ص٦١، ٦٢.

أقربائه الفقراء، إلى حال الواجب الفردي الملقى على الغني تجاه أي من فقراء الجماعة بكاملها، إلى حال الواجب الجمعي على الجماعة كلها ـ ممثلة في الدولة مشخصها السياسي ـ تجاه أي من الفقراء المعوزين.

١٥٨/١ ـ **الواجب المالي للأقرباء**: فعلى المستوى الأول، أكد الإسلام حق ذوي القربى، حاثاً في القرآن والسنة، على برّهم وصلتهم والإحسان إليهم، متوعداً قاطع رحمه والمُسيء إلى ذويه بالعذاب الشديد، فقال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [النحل: ٩٠]، وقال: ﴿وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [النساء]، وقال: ﴿وَءَاتِ ذَا ٱلْقُرْبَىٰ حَقَّهُۥ وَٱلْمِسْكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا ﴿٢٦﴾﴾ [الإسراء] وأمر المسلمين بقوله: ﴿وَٱعْبُدُوا۟ ٱللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا۟ بِهِۦ شَيْـًٔا ۖ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا وَبِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْجَارِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْجَارِ ٱلْجُنُبِ وَٱلصَّاحِبِ بِٱلْجَنۢبِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ مَن كَانَ مُخْتَالًا فَخُورًا ﴿٣٦﴾﴾ [النساء]. ثم فصلت السنة ذلك فقال رسول الله ﷺ لمن سأله: من أبر؟ «قال أمك وأباك وأختك وأخاك ومولاك الذي يلي ذاك، حق واجب ورحم موصولة»[١]. الأمر الذي يتأكد معه ما للقريب على قريبه من حقوق، ولا مشاحة في أن من أهم هذه الحقوق، الإعالة والإنفاق على المحتاج منهم، ولا أدل على ذلك من قول رسول الله بأن هذا واجب على القريب وحق للقريب الآخر «وقد أجمع فقهاء المسلمين على أن الزوج يجبر على نفقة زوجته، والوالد يجبر على نفقة ولده الصغير والأنثى، والابن يجبر على نفقة أبويه، واختلفوا بعد ذلك على بقية فروع الأقرباء، ومبلغ سلطة القاضي في إجبار القريب لينفق على قريبه، وإن أوجبوا عليه صلته وبره ديناً، بالإجماع»[٢].

١٥٨/٢ ـ **الزكاة حق للفقراء وواجب على الأغنياء**: أما المستوى الثاني، فقد شرع المولى ﷻ الزكاة، وعدها ركناً أصيلاً من أركان الدين التي لا اكتمال له دونها، إذ الزكاة ـ مع الانتهاء عن الشرك وإقامة الصلاة ـ إنما هي عنوان الدخول في دين الإسلام واستحقاق أخوة المسلمين والانتماء إلى المجتمع الإسلامي[٣]، قال تعالى: ﴿فَإِن تَابُوا۟ وَأَقَامُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُا۟ ٱلزَّكَوٰةَ فَخَلُّوا۟ سَبِيلَهُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٥﴾﴾ [التوبة]، وقال سبحانه: ﴿فَإِن تَابُوا۟ وَأَقَامُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُا۟ ٱلزَّكَوٰةَ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ ۗ ﴿١١﴾﴾ [التوبة]. فإذا

---

(١) رواه أبو داود.

(٢) الدكتور يوسف القرضاوي ـ مشكلة الفقر وكيف عالجها الإسلام ـ مكتبة وهبة ـ الطبعة الثالثة ـ رمضان ١٣٩٧ ـ أغسطس ١٩٧٧ ـ ص٥٦، والاختلاف في الفقه حول الأقرباء الذي يجب الإنفاق عليهم وحدود صلة القربى التي يثبت بها حق الإنفاق والإعالة، المرجع السابق، ص٥٩ وما بعدها.

(٣) الدكتور يوسف القرضاوي ـ المرجع السابق ـ ص٦٩.

كانت إقامة الصلاة هي الرابطة الاجتماعية بين المسلمين، غدا إيتاء الزكاة الرابطة المالية بينهم[1]. والزكاة من حيث الحكمة منها، إنما شرعت لإعانة الفقراء المعوزين ممن فاتتهم الإعانة على المستوى الأول، فهي من أهم مظاهر التضامن الجمعي بين أفراد المجتمع الإسلامي، حيث الغنيُّ الذي أنعم الله عليه وفضله بصنوف ما يزيد عن جوانحه، عليه رد جزء من أنعم الله إلى خلق الله، ممن لا يجدون أقواتهم التي تقيم عيشهم. وعن حكم الزكاة، فهي حق جموع الفقراء بالمجتمع الإسلامي، وواجب ودين في أعناق الأغنياء، ﴿وَفِيٓ أَمۡوَٰلِهِمۡ حَقّٞ لِّلسَّآئِلِ وَٱلۡمَحۡرُومِ ١٩﴾ [الذاريات]، ﴿وَٱلَّذِينَ فِيٓ أَمۡوَٰلِهِمۡ حَقّٞ مَّعۡلُومٞ ٢٤ لِّلسَّآئِلِ وَٱلۡمَحۡرُومِ ٢٥﴾ [المعارج]. أي: أن مستحقي الزكاة هم الملاك الحقيقيون لمال الزكاة، ولا غرابة في ذلك، إذ الإنسان ليس مالك المال ولكنه مستخلف فيه من قبل مالكه الأصلي وهو الله تعالى. وعليه فمن واجب الإنسان الإذعان لما يأمر به الخالق مالك المال من أداءٍ للزكاة المفروضة وجوباً. الأمر الذي يؤكده، ما هو مقرر من عقاب لمانع الزكاة، الذي لا يقف عند العقاب المالي فقط وإنما يتعداه إلى جواز إنزال عقاب بدني عليه[2]، مما يقطع ليس بوجوب الزكاة فحسب وليس بكونها أحد أركان الدين الذي لا اكتمال له إلا بها، وإنما أيضاً بأهميتها في اعتدال حياة المجتمعات واستقامة معيشتها.

١٥٨/٣ ـ وبذلك يكون الإسلام قد وفر سبيلين لإعانة المحتاجين، مقرراً إياهما باعتبارهما حقاً لهم، وفرض عين على القادرين. فعلى المستوى الأول هو واجب عين على الغني تجاه أقربائه الفقراء، وعلى المستوى الثاني هو واجب عين على الغني تجاه فقراء المجتمع أجمع دون تعيين لشخص المستحق. ليتبقى المستوى الثالث، وهو الذي يتناول حال المحتاج ممن فاتته فرص الإعالة في أي من المستويين الأول والثاني المذكورين، كما أن لم يكن له أقارب أغنياء يتكفلون النفقة، أو لم تصل إليه الزكاة من قبل من تجب عليهم، أو ضاقت حصيلة الزكاة المقررة لهم عن الوفاء بحاجاتهم. فعندئذ يتعين في ذمة مال الدولة حق لهؤلاء في سد حاجاتهم منه، فللمحتاجين كافة حق في أي مال يكون تحت يد الدولة، قال الله تعالى: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنۡ أَهۡلِ ٱلۡقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِ كَيۡ لَا يَكُونَ دُولَةَۢ بَيۡنَ ٱلۡأَغۡنِيَآءِ مِنكُمۡۚ﴾ [الحَشر: ٧]، وقال تعالى ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ [الأنفال: ٤١]. ويذكر الإمام السرخسي في «المبسوط» أنه على الإمام «أن يتقي الله في صرف الأموال إلى المصارف فلا يدع فقيراً إلا أعطاه حقه من الصدقات حتى يغنيه وعياله وإن احتاج بعض المسلمين وليس في بيت المال

---

(١) الدكتور يوسف القرضاوي ـ المرجع السابق ـ ص٦٩.

(٢) الدكتور يوسف القرضاوي ـ المرجع السابق ـ ص٧٣.

من الصدقات شيء أعطى الإمام ما يحتاجون إليه من بيت مال الخراج ولا يكون ذلك ديناً على بيت مال الصدقة لما بينا أن الخراج وما في معناه يصرف إلى حاجة المسلمين بخلاف ما إذا احتاج الإمام إلى إعطاء المقاتلة ولا مال في بيت مال الخراج صرف ذلك من بيت مال الصدقة وكان ديناً على بيت مال الخراج لأن الصدقة حق الفقراء والمساكين فإذا صرف الإمام منها إلى غير ذلك للحاجة كان ذلك ديناً لهم على ما هو حق المصروف إليهم وهو مال الخراج»[(١)]. ما يفيد أن ثمة التزاماً دائماً في ذمة الدولة بكفالة مواطنيها ممن تعوزهم الحاجة، حتى إنه إذا ضاقت موارد الخزانة العامة للدولة عن تحقيق كفاية الفقراء والمساكين، ولم يقم أبناء المجتمع المسلم من القادرين بكفاية أولئك المحتاجين، فإن على أولي الأمر في الدولة فرض أعباء مالية على أموال الأغنياء لمعونة الفقراء والوفاء بحاجاتهم الأصلية[(٢)]. الأمر الذي يتبين معه، ومن جملة هذه المستويات الثلاث، أن ثمة إطاراً ينتظم كفالة المحتاجين داخل المجتمع الإسلامي، هذا الإطار يتأصل على أحكام الوجوب، التي تتعين في القادرين لصالح الأقرباء غير القادرين، أو تتعين في القادرين لصالح غير الأقرباء من غير القادرين، أو تتعين كفايةً في ذمة المجتمع بأسره حيث تلتزم به الدولة المشخص السياسي لهذا المجتمع. هذه المنظومة من الواجبات التي تصب في حق غير القادرين، إنما هي عناصر متضمنة في حقوق مقررة، التي هي إما حق الجماعة ومشخصها السياسي بانصياع الكافة لها وائتمارهم بأمرها. وإما حق الأغنياء داخل الجماعة في الاستمتاع بما قسمه الله لهم من نعمة خصهم بها دوناً عن باقي أفراد الجماعة. مما يؤكد قولنا على ما سبق تبيانه، من كون الحق ـ خاصاً أو عاماً ـ غير مطلق، وإنما هو محدود ومنضبط ذاتياً، بما يتحمله من أعباء، نظير ما يوفره من مكنات.

١٥٩ ـ ثانياً: مبدأ سلطان الإرادة في الفكر الشرعي الإسلامي: يقصد بمبدأ سلطان الإرادة في القانون الوضعي، كفاية الإرادة بذاتها لعقد تصرف قانوني، دون حاجة إلى أي عنصر آخر، أي قدرتها منفردة على بناء التصرف وتعيين أركانه وشروطه فضلاً عن إحداث آثاره القانونية. وقد اعتدت الشريعة الإسلامية بقدرات الإرادة في مجال التصرفات القانونية، نزولاً على قول الرسول ﷺ: (المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً). بيد أن ما يميز الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع الأخرى، إحاطتها هذا المبدأ بسياج من القيود، لاعتبارات لها أولويتها في التقدير فهي إما أصول المنظومة الإسلامية أو كليات دينية أو صالح الجماعة العام. فالشريعة

---

(١) المبسوط للسرخسي ـ محمد بن أبي سهل السرخسي أبو بكر ـ دار المعارف ـ بيروت ـ طبعة ١٤٠٦ ـ الجزء الثالث ـ ص١٨.

(٢) الدكتور يوسف القرضاوي ـ مشكلة الفقر وكيف عالجها الإسلام ـ المرجع السابق ـ ص١١٤.

الإسلامية، منظومة حياتية شاملة، لا ينحصر تنظيمها في محض العلاقات القانونية الفردية فحسب، وإنما هي بالأساس منظومة فكرية شاملة ذات تأصيل فلسفي متكامل، تنتظم العقدي إلى جانب العبادي إلى جانب ما يتصل بالمعاملات وفق أطر كلية محكمة الاتساق. لذا ينطوي إطارها التنظيمي، على ما يضبط علاقات الفرد بربه وبنفسه وبغيره من الأفراد، فضلاً عن علاقته بجماعته السياسية العامة والجماعات الفرعية التي ينتمي إليها. ومن جانب آخر فهو يضبط أطر علاقات الجماعات بعضها بعضاً، وعلاقاتها بالسلطة السياسية الحاكمة. وهو إطار تنظيمي يجد منطلقاته في مقاصد الشارع الحنيف المجمع عليها، نشداناً للصلاح في الدنيا والفلاح في الآخرة. ذلك الإطار التنظيمي العام الحاكم هو السياج الذي يضبط الإرادة وهي بصدد التصرف المراد إتيانه. وفي ذلك يقول الشيخ أحمد إبراهيم بك إنه «وبالجملة فإرادة الإنسان في الشرع الإسلامي حرة في تصرفاتها ـ قانونية وغير قانونية ـ ولم تقيد إلا بقيدين، قيدها بهما الشرع والعقل ورعاية صالح المجتمع الإنساني، أولهما ما حرمه الله تعالى ونهى عنه فإنه يجب الابتعاد عنه حتماً ويقابله في القانون ما يخالف النظام العام والآداب العامة. وثانيهما ما فيه اعتداء على حقوق الناس المكتسبة شرعاً. وعند تصادم الإرادات يحفظ التوازن بينها بحكمة الشرع بالميزان الذي هو العدل الإلٰهي»[١].

١٥٩/١ ـ المدلول الإسلامي لمصطلحي التصرف القانوني والإرادة: ففي التصور الإسلامي، لكل من التصرف القانوني والإرادة، مدلول يفارق مدلوله الوضعي. فالتصرف القانوني في الفقه الإسلامي، وعلى ما تواضع عليه العلماء المعاصرون بمسمى التصرف الشرعي، هو «كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب عليه الشارع أثراً شرعياً في المستقبل»، وفق ما انتهى إليه الشيخ محمد أبو زهرة[٢]. حال يذهب الأستاذ محمد فهمي أبو سنة إلى أن «المراد بالتصرف هو الالتزام الذي يصدر من الشخص فيرتب الشرع عليه أحكامه، سواء كان بسيطاً أي من جانب واحد كالنذر أو كان مركباً من التزامين متبادلين يتوقف أولهما على ثانيهما كما في عقود المفاوضة»[٣]. والأمر الذي نرى معه أن ثمة اختلافاً في المفهوم الشرعي للتصرف عن مفهومه الوضعي، وذلك من وجهتي الإرادة الفاعلة للتصرف والآثار المترتبة عليه. فالبادي أن ثمة تقارباً بين المذاهب الفقهية في تأصيل مفهوم الإرادة، حيث الإرادة لديهم مركب من «اختيار» و«رضاء»، وذلك على الرغم مما درج الفقهاء على قوله من

---

(١) الشيخ أحمد إبراهيم ـ الالتزامات في الشرع الإسلامي ـ مجوعة الأعمال الكاملة ـ ٢ ـ توزيع دار الأنصار ـ ص٤٣، ٤٤.

(٢) الدكتور وحيد الدين سوار ـ التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ـ رسالة دكتوراه ـ الطبعة الأولى ـ ١٩٦٠ ـ دار النهضة العربية ـ ص٣٢.

(٣) ذات المرجع السابق ـ ص٣٤.

أن التفرقة بين الرضاء والاختيار داخل الإرادة هي تفرقة تخص الفقه الحنفي فحسب، إذ المشاهد أنها مشتركة بينه وبين بقية المذاهب. بيد أن بروزها لدى الأحناف، إنما مرده عدم تلاقيها مع مبدأ آخر يطغى عليها على النحو الذي يغيب من وضوحها، كما في الجعلية لدى الشافعية، وكما في بروز دور العاقد في إنشاء التصرف القانوني لدى الحنابلة[1].

١٥٩/ ٢ ـ مفهوم الاختيار في الفقه الإسلامي: الاختيار هو ترجيح فعل الشيء على تركه، أو القصد إلى مقدور متردد بين الوجود والعدم، بترجيح أحد جانبين على الآخر. فهو يفترض قيام أكثر من بديل تتردد بينهما الإرادة، أي أن الاختيار إنما يعني الرغبة أو القصد أو التلفظ بالعبارة المنشئة للعقد، على أنها سبب عادي منشئ له وأداة شرعية لذلك. أما الرضا فهو الارتياح إلى فعل شيء أو امتلاء الاختيار وبلوغه نهايته، أي أن الرضا يعني الرغبة في آثار التصرف، أي اتجاه الإرادة إلى ترتيب آثار التصرف[2]. ومن أمثلة أحوال انفكاك الرضا عن الاختيار، حال المريض الذي يختار بتر عضو من أعضائه دون رضائه ذلك، وكذا حال الهازل والمضطر في التصرف القانوني، فكلاهما يقصد التلفظ بعبارة إنشاء العقد دون ان يرغب فيه ودون مشيئة ترتيب آثاره.

١٥٩/ ٣ ـ تنفيذ مقتضى الإرادة حكم شرعي: الإرادة بهذه الكيفية، وهي بصدد التصرف الشرعي أياً كان مجاله، إنما تنفذ بحكم الشارع الحنيف[3]، إذ يكاد الفقه يتفق على أن الإرادة إن صلحت لإبرام التصرف الشرعي، فإن الشارع هو الذي يرتب آثار هذا التصرف لا إرادة الفرد ذاتها[4]. مما يعني كونها غير مطلقة السلطان كما هو حالها بالقانون الوضعي. وبيان ذلك، إن الإرادة في مجال الالتزامات الشخصية، حيث التصرفات الملزمة لجانبين كالعقود والتصرفات الملزمة لجانب واحد كالالتزام بالإرادة المنفردة والالتزامات الناتجة عن الأفعال الضارة وأعمال الفضالة، إنما يتوقف مداها ـ أي الإرادة ـ عند حدود الحل والحرمة، أي أن قدراتها إنما تتحرك داخل مجال الحل المباح، حيث تعجز عن تجاوز أطر التحريم المقررة بالأوامر والنواهي الربانية، نصاً أو إجماعاً أو قياساً معتبراً. الأمر الذي تؤكده المذاهب الفقهية كافة، برغم ما بينها من تباين حول قدرات الإرادة ومكناتها إزاء التصرفات الشرعية، وما تنطوي عليه من

---

(١) الدكتور وحيد الدين سوار ـ التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ـ ص٤٥٢.

(٢) الدكتور عادل مصطفى بسيوني ـ التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية ـ مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية ـ مركز تبادل القيم الثقافية بالشعبة القومية باليونسكو ـ الهيئة المصرية العامة للكتاب ـ طبعة ١٩٧٨ ـ ص١٥٧.

(٣) ذات المرجع السابق ـ ص١٤٤.

(٤) الدكتور عبد الكريم زيدان ـ المرجع السابق ـ ص٣٩٢.

شروط. فيذهب الشافعية و الظاهرية إلى عدم إجازة العقود والشروط التي لم يقررها نص أو إجماع حيث تنحصر قدرات الإرادة في التوجه لأي تصرف شرعي على حدود تلك المقررة نصاً أو إجماعاً، ومن ثم فلا اعتبار لإرادة سوى لتلك التي تتوجه صوب العقود أو الشروط المنصوص عليها أو المجمع عليها فحسب. ويذهب الحنابلة، في اتجاه موسع، إلى اتساع قدرة الإرادة لإنشاء تصرفات قانونية شرعية لم يرد بها ذكر في نص أو إجماع، فليس بلازم لديهم، لصحة التصرف أو الشرط، ورود ما يبيحه نصاً أو إجماعاً أو قياساً معتبراً، وإنما يكفي مجرد انتفاء التحريم، أي عدم ورود ما يفيد حظر التصرف أو تحريم الشرط[1]. ليتوسط الأحناف بينهما في منزلة البين بين. فلم يشترط الأحناف لإباحة التصرف أو الشرط ورود نص معين يفيد جوازه كما فعل الاتجاه الأول، كما لم يجعلوا أصل الأمور الإباحة كما فعل الاتجاه الثاني، وإنما مالوا إلى حقيقة اتساع قدرة الإرادة حيال التصرفات الشرعية وما تتضمنها من شروط، وفي الوقت ذاته أوردوا من الاستثناءات ما ضاق به الإطار الذي تتحرك داخله الإرادة، وعليه فقد انقسمت التصرفات لديهم إلى صحيحة وفاسدة وباطلة. الأمر الذي يتبين معه أن حقيقة جوهر الخلاف بين هذه المذاهب الفقهية جميعها يدور حول المسكوت عنه نصاً أو إجماعاً أو قياساً معتبراً، فيتعامل جانب من الفقه مع هذا المسكوت عنه على أنه محظور ويتعامل الجانب الآخر على أنه مباح. فليس ثمة خلاف بين الاتجاهين من حيث حاكمية المرجعية النصية، التي لا راد لمقتضاها وإنما يعود الاختلاف، ابتداء وانتهاء، إلى النهج الأصولي المتبع بكل مذهب. وعليه فإن كل مذهب يتعامل مع الإرادة، على مقتضى نهجه الأصولي في تقدير المسكوت عنه من تصرفات.

١٥٩/ ٤ ـ التفرقة بين حدود الإرادة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي: إن الإرادة في مدلولها الفقهي الإسلامي، لا يتكافأ معناها مع الإرادة في مدلولها الفقهي الوضعي. فالإرادة في المدلول الأخير يُعنى بها قدرتها المطلقة على إنشاء التصرفات القانونية من جهة وقدرتها على ترتيب آثار هذه التصرفات من جهة أخرى، فيما عرف لديه «بمبدأ سلطان الإرادة». أما مدلول الإرادة في الفهم الفقهي الإسلامي، فينصرف إلى إيجاد التصرف الشرعي الذي اتجهت إليه الإرادة، أي صلاحيتها سبباً في حصول هذا التصرف. والإرادة في النظام القانوني الوضعي، مطلقة على المستقر عليه فلسفياً، فهي من الاتساع والقدرة بحيث تصلح لخلق ما تشاء من تصرفات، فضلا عن نسبة آثارها القانونية المقررة بالكامل إليها، كونها مرتب هذه الآثار، وذلك بحكم فعلها المتمثل فيما أنشأته من تصرف قانوني. فالإرادة في القانون الوضعي، هي أصل في

(١) الدكتور عبد الكريم زيدان ـ المرجع السابق ـ ص٣٩٣ وما بعدها.

ذاتها، وهي مطلقة بحكم أصل الشرعة، لها أن تفعل ما تشاء وتأتي من التصرفات ما تريد. وعليه فمجال نشاطها يكاد يكون مطلقاً مما يجعلها مصدراً لكثير من الحقوق ويجعلها وحدها المرتب لآثار هذه الحقوق[1]. بل إنه وبفرض تقيدها ببعض أحكام القانون فهي لا تعدو أن تكون قيوداً تحد بقدر من سلطانها المطلق في مجال إبرام التصرفات القانونية، دون أن تنال البتة من جوهر هذا السلطان. أي أنها بحكم أصل الشرعة إرادة غير محدودة ذاتياً، غير مرشدة داخلياً، لذا يأتي القانون فيقيدها من خارجها، حاداً من سلطانها بالقيود التي يرتأي ضرورة انضباطها بها. وعليه فالأصل لدى الفهم الوضعي، إباحة ما تشاءه الإرادة من تصرفات، دون ان يحدها سوى ما تقرر حظره فحسب. بل إن للإرادة الوضعية أن تنشئ من التصرفات ما قد لا يكون النظام القانوني الوضعي على معرفة به، ما دام لم يقع تحت وصف أي من المحظورات المقررة. لذلك فقدراتها كاملة في نسبة ما يترتب من آثار مشروعة إليها. بينما حال الإرادة في النظام الفقهي الإسلامي على خلاف ذلك إذ هي محددة القدرات والمكنات من البداية، معينة المجال، محدودة في إطار مقنن مرسوم بأحكام الشرع الإسلامي، على ما يقرره كل مذهب على حدة، وليس لها من تجاوز هذا الإطار. أي إن الإرادة بأصل شرعتها ليست مطلقة، وانما هي مؤطرة بالحد الشرعي الداخلي. فالإرادة في التصور الإسلامي يوجدها الأصل الشرعي، نصاً أو إجماعاً أو قياساً معتبراً، وهو الذي يقرر لها مكناتها ويحدد لها قدراتها، ومن ثم فليس من صلاحيتها، باعتبارها سبباً لحصول التصرف، الخروج عما هو مرسوم لها من نطاق تتحرك داخله، وذلك على أصل ما يقرره كل مذهب من أحكام في هذا الخصوص. فالمذاهب التي تنكر على الإرادة أي دور في التوجه لتصرفات جديدة لم يرد لها ذكر، بنص أو إجماع أو قياس معتبر، تغدو الإرادة في إطار هذا المذهب، عاجزة، من حيث أصل شرعة نشأتها، عن التوجه إلى غير التصرفات المقررة بالنص أو الإجماع أو القياس المعتبر، ليضيق نطاق حركتها انحصاراً داخل تلك التصرفات المقررة فحسب، دون سواها. أما المذاهب الموسعة، التي تجيز للإرادة الاتجاه إلى تصرفات، ولو لم تتقرر سلفاً بنص أو إجماع أو قياس، فإنها برغم ذلك تتقيد داخلياً بالشرع الموجد لها، المقرر جواز إتيانها تصرفات لم يرد لها ذكر نصاً أو قياسياً، كون الشرع هو الذي أوجدها وهو الذي منحها سلطة التصرف على هذا النحو، ومن ثم فهي منضبطة بحكم أصل نشأتها بهذا الموجد لها. خلافاً لحال الإرادة الوضعية، التي ليس ثمة موجد لها وإنما هي التي وجدت هكذا بالطبيعة، ومن ثم فالأصل فيها إطلاقها. وسر الفارق بين النظرتين أن الفقه الإسلامي يرى أنه «قد حدد الشارع للعقود حدوداً... حتى لا تؤدي بهم إلى نزاع، ولا

---

(١) الدكتور عبد الرازق السنهوري ـ الوسيط ـ الجزء الأول ـ المرجع السابق ـ ص١٤٨.

ينالهم منها غبن، ولا يلحقهم بسببها غرر، ولا يلزموا بها على غير رضاً منهم واختيار، وحتى لا يتخذوها وسيلة وطريقة إلى اقتراف ما نهى الله عنه»[1]. خلافاً للحال في القانون الوضعي، حيث تنطلق الإرادة فلسفياً من أصل سلطانها المطلق.

١٥٩/٥ ـ الإرادة في الفقه الإسلامي تنشئ التصرف لكنها لا ترتب آثاره: من جانب آخر، فالإرادة في الفقه الإسلامي يقتصر دورها على إحداث التصرف، أي تنحصر في دور السبب الموجد للتصرف فقط، دون أن يكون لها أي دور في أحداث الآثار أو ترتيب النتائج المقررة للتصرف. «إذ يكاد الفقهاء يجمعون على أن آثار العقود (التصرفات) هو من صنع الشارع لا من عمل العاقدين. فالشارع وحده هو الذي يخصص لكل عقد آثاراً معينة ويجعل من هذه العقود طريقاً موصلاً إلى هذه الآثار. وهذه الآثار المعينة التي يخصصها الشارع لكل عقد ليست هي فقط ما أثبتته نصوص الشريعة، بل يتممها ما أضافه الاجتهاد إليها عن طريق القياس والاستحسان والاستصلاح وسد الذرائع»[2]. ونسبة الآثار إلى الله تعالى هي ما يعرف فقهاً «بجعلية الآثار». وأساس هذه الجعلية هو مفهوم العدل الذي استقام البناء المنظومي للإسلام على أصل من سنده. فالله سبحانه وهو يقيم التوازن بين حقوق المتصرفين الناشئة عن التصرف، معيناً على وجه الدقة حدود التعامل بين الأفراد، مقعداً أصول العلاقات التي يجوز نشؤها بينهم، لم يكن ليترك الأمر على عواهنه بعد، فقام بنسبة آثار هذه المعاملات إلى ذاته العلية، حتى يُحكم سبحانه سلطان عدله على شقي المعاملة الشرعية، الشق الأول وهو موضوع التصرف من إجراءات المعاملة وسلوكيات وحدود التصرف وقواعد أحكام انعقاده، والشق التالي هو آثارها المترتبة عليها.

١٥٩/٦ ـ دفع اعتراض: قد يتصدى مُعترض، بكون تكييف وضع الإرادة على هذا النحو، وتهيئة أمر التصرف الشرعي على هذه الهيئة، إنما يؤدي إلى النيل من مكنة الاختيار، أحد ركني الإرادة، لما في قالة الجعلية من تضييق من سلطة إرادة المتصرف في ترتيب مبتغياتها، من آثار أو تعديل ما هو مقرر من آثار، إذ كونها من صنع الشارع الحنيف وحده لا يترك أي سلطة حيالها عندئذ ـ أكانت سلطة إنشاء أو تعديل أو إلغاء ـ. بيد أن هذا الاعتراض يرده أن منظومة التشريع الإسلامي بمنطلقها الرباني تنسب من الناحية الفلسفية قوة الفعل وأثره إلى خالق الأفعال. بحيث يبقى الفاعل الحقيقي حينئذ هو الله تعالى، ويصير الفرد محض سبب، أي أداة، حقق بها الخالق الفعل الحادث. وعليه فلا فكاك إزاء هذه النظرة، من نسبة أثر الفعل إلى الفاعل الأصلي لا إلى الأداة الحاصل الفعل بها. فالتصرف الشرعي تم بقوة الله تعالى المنفذة وهو ما لا مندوحة معه

---

(١) الدكتور وحيد الدين سوار ـ التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ـ المرجع السابق ـ ص٥٨٢.

(٢) المرجع السابق ـ ص٥٧٩ وما بعدها تفصيلاً في اتجاه كل مذهب إلى الأخذ بهذا التكييف.

من رد الأثر إليه، ليبقى الفرد أداة لها اختيار منحصر فيما بين إيجاد التصرف أو إبقاء العدم، أي ما بين حصول التصرف وتركه. فإذا قصد الفرد إيجاد التصرف، يكون قد أعمل إرادته في الاختيار، حال ينسب فعل الحصول ذاته إلى الله تعالى وترتد الآثار التي أرادها الفرد من التصرف إلى الله سبحانه صاحب القوة المنفذة. ومن جانب آخر، فإن بناء المنظومة الإسلامية على اصل من أصول وأسس كلية تضبط أنماط الأفعال والسلوك داخل المجتمع، وتحكم آثار هذه الأفعال والسلوكيات في أطر شرعية مقررة سلفا ومقدرة تحديداً، إنما يحول من الوجهة الكلية دون افتراض إضفاء شرعية، على آثار تناقض أياً من أصول هذه المنظومة. فالفرض في ظل هذا الفهم وجود تناغم كلي بين الأفعال كافة، داخل المجتمع المتشح بالنظام الإسلامي، وتوافق أصلي بين هذه الأفعال وأصول هذا النظام.

٧/١٥٩ ـ دفع اعتراض ثانٍ: وقد يتصدى معترض آخر، بكون الجزم بجعلية التصرفات في الشريعة الإسلامية، إنما يفضي إلى التضييق من حرية الأفراد في التصرف، حيث يغدو دور الإرادة قاصراً ومحدوداً، بل وعاجزاً عن ترتيب آثار التصرف، ومن ثم عن إنشاء تصرفات جديدة[1]. بيد أن هذا الاعتراض بدوره مردود من وجهة منطقه، فهو ينطلق من أصل النظر لدور الإرادة في المنظومة الإسلامية من خلال مقارنتها بدورها في النظم الوضعية. وهو نظر جد خاطئ، فليس من المقبول عقد مقارنة تقريبية بين مفهومين، لكل منهما بيئته المستقلة المتميزة تبايناً عن بيئة الآخر. فللإرادة في الفقه الوضعي منطلقها الفلسفي القائم على الإطلاق في سلطانها، ذاك السلطان المشاد على فهم واسع ـ يصل حد التفلت ـ للحرية، فضلاً عن الصياغة الوضعية البشرية للتشريع وفلسفته ولنظام التسيير المجتمعي وأصوله. وهي منطلقات ترى التسوية الكاملة بين الإرادات الفردية، وبينها والإرادة الجمعية، وتحصر ـ فلسفياً ـ إرادة الدولة داخل حدود معينة لا يجوز تجاوزها، فإن حصل هذا التجاوز كان لأمور محددة مسبقاً ومقدرة تشريعاً. وفي كل الأحوال لا يجوز أن ينال هذا من قدسية سلطان الإرادة الفردية. إضافة إلى ما للحق من مكنات مطلقة تعطي مالكه، الفرد صاحب الإرادة، سلطات واسعة غير محدودة سوى باحترام الحقوق الأخرى وعدم العدوان عليها. حال كون الأمر ليتباين في بنائه الكلي في خاصة الإرادة في الشريعة الإسلامية، فهي كغيرها من المفاهيم القائمة بالنظم الإسلامي، تنطلق من حقيقة الربانية، حيث الله خالق الأكوان ومسير الأفلاك، مالك الأمر، الحاكم على ملكه. ومن ثم وبحكم ربوبيته يدور الجميع وفق هداه، وتصاغ الإرادات الفردية على هدى من أمره. ما تضحى معه هذه

(١) الدكتور عادل بسيوني ـ التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية ـ مبدأ سلطان الإرادة ـ المرجع السابق ـ ص١٧١.

الإرادة الفردية بمنزلة ما هو دون الأمر الإلٰهي، أي تشغل حيزاً منضبطاً ابتداءً بأمر الله سبحانه. ومن ثم فهي تتمتع بحرية في حدود نطاق ما هو مسموح به من قبله تعالى، وتتحرك داخل هذا النطاق وفق ما ضبطه من أحكام عينها في هذا الخصوص. وعليه تغدو الإرادة في النظم الإسلامي، ليست قاصرة أو ناقصة أو عاجزة، وإنما هي إرادة منضبطة بالنشوء المبتدأ بمفهوم الربانية وتداعياته، محكومة انتهاء بأصول الحكم الإلٰهي من أوامر ونواه، ومن خلال هذه الضوابط والأحكام، تتحدد مكنات الإرادة وتتعين حريتها ومجال حركتها. وعليه ولما تقدم، فلا يجوز الحكم على الإرادة في النظر الإسلامي من خلال مفاهيم نظر آخر وضعي، منبت الاتصال ـ أصولاً ومفاهيماً ـ عن حقيقة الوضع القائم في النظم الإسلامي. فلكل من الإرادة في النظر الوضعي والنظر الإسلامي، مجاله الذي تتحرك داخله، المعين في ضوء المفاهيم والأوضاع الكلية للنظر الخاضعة له الإرادة.

١٥٩/٨ ـ ومن جانب ثالث، فليس ثمة تأثير لجعلية أثار التصرف على حرية الإرادة في إبرام التصرفات، إذ أن حكمة الجعلية ليست في تقييد الإرادة والحيلولة دونها وإبرام تصرفات شرعية لم تتقرر نصاً أو إجماعاً، إذ تلك منضبطة ابتداء، لا بالجعلية، وإنما بحدود الحل والحرمة المقررة نصاً وإجماعاً وقياساً. حال كون حكمة الجعلية، إنما في الحيلولة دون ترتب آثار على التصرف الشرعي، قد تناقض أياً من أصول وكليات الشريعة الإسلامية، أو تخالف نصاً أو إجماعاً أو قياسياً معتبراً يفيد حرمة هذا الأثر وينهى عنه. فإذا كان لا خلاف ـ بين المذاهب الفقهية الإسلامية ـ حول وجوب التزام الحدود النصية وما هو مجمع عليه وما هو متوصل إليه بالقياس المعتبر لدى كل مذهب وفق نهجه الأصولي، فمن ثم لا يكون ثمة ادعاء بتقيد الإرادة وعجزها عن إبرام ما تشاء من تصرفات، إن قلنا بجعلية آثار التصرف الشرعي، إذ مشيئتها في هذا الخصوص منضبطة ابتداء ـ وفي المذاهب كافة ـ بحدود أوامر الشرع ونواهيه.

١٥٩/٩ ـ الأمر الذي يستظهر منه، مدى افتراق مدلول الإرادة في الفقه الشرعي الإسلامي عن مدلولها في المنظور الوضعي؛ وذلك من حيث القدرات الداخلية الذاتية للإرادة التي يتيحها كل من النظامين، فضلاً عن الإمكانات التي تغدو الإرادة في ضوء أصل شرعتها حائزة لها، وأخيراً من حيث الآثار القانونية المبتغاة من التصرف القانوني أو الشرعي، أي تلك الآثار التي هي موضع القصد.

بيد أن ثمة تساؤلاً يبدو ملحاً لا فكاك من الإجابة عليه، حتى تكتمل لهذه الرؤية خطوطها الرئيسية، ألا وهو المتعلق بمدى علاقة الإرادة في مدلولها الإسلامي بحدود المشروعية المقررة مسبقاً بالنص أو الإجماع أو القياس. وهو التساؤل المبني على ما تقدم، من حقيقة كون الإرادة مقيدة ابتداءً بالحد الشرعي، فإذا كان ذلك كذلك، فما

حكم هذه الإرادة إن هي خرقت حدود نطاق المشروعية المعين لشرعية حركتها؟ وهو ما نجيب عنه بالفرع التالي.

* * * * *

الفرع الثالث
حـد المشـروعية

١٦٠ ـ **تمهيد**: تبين لنا من العرض المتقدم، أن الإرادة في التصور الشرعي الإسلامي، موضع اعتبار رئيسي في كافة التصرفات الشرعية، بيد أنها تتباين مع الإرادة في التصور الوضعي من وجهة إطلاق سلطانها، كونها في التصرف الشرعي إرادة مقيدة منتظمة ابتداءً بحكم أصل الشرعة، منضبطة انتهاءً بالحد الشرعي المقرر نصاً أو إجماعاً أو قياساً معتبراً. وكذلك تبين لنا أن للإرادة دور محدود في إنتاج آثار التصرف، كونها لا تعدو سبب حصول التصرف أو أداة تحقق التصرف وظهوره للوجود. بينما الآثار تترتب بحكم الشرع الحنيف، أى بجعل من الله تعالى وليس بالإرادة البشرية. فالإرادة تتجه فحسب صوب تلك الآثار، متخيرة الأداة الشرعية الملائمة لإنتاجها، آتية التصرف الشرعي المفترض ترتيبه لها بجعل من الله تعالى، أي تأتي التصرف الذي عينه المولى ـ المشرع الأعظم ـ سبباً لحصول هذه الآثار. ولكن ماذا إن اتجهت الإرادة إلى آثار غير مشروعة لم يجزها المشرع، وما تأثير ذلك على التصرف الشرعي ذاته، وما دور إطار المشروعية إزاء مثل تلك الإرادة. وهي جميعها تساؤلات تتكامل فيما بينها لتقرير موضع المشروعية من التصرف وركنه الأساسي الإرادة.

١٦١ ـ **الإرادة والمشروعية**: الحق، أنه إذا كان للإرادة مكان رفيع في التصرف الشرعي حسب التصور الإسلامي، فقد ربط الفقه هذه الإرادة دوماً، بسياج المشروعية المتعين تهيؤها فيه، حتى تصلح ركناً صحيحاً مكتملاً قادراً على تكوين التصرف وإتمام حصوله. فلكل تصرف شرعي غاية اقتضتها حكمة الشارع لوصول الناس إلى أغراضهم من معايشهم، ووضع سبحانه لتحقيق كل غرض التصرف الذي يحقق تلك البغية، «فعقد البيع (مثلاً) الغرض منه نقل ملكية المبيع إلى المشتري في مقابلة الثمن. وعقد الإجارة الغرض منه انتفاع المستأجر بالعين المستأجرة. وعقد الزواج الغرض منه حل كل من الزوجين للآخر، وهكذا. فإذا قصد الناس من عقودهم هذه المعاني التي رتبها الشارع على كل عقد، واستوفى العقد كل الشروط المطلوبة لتحققه، كان العقد صحيحاً»[١].

---

(١) الشيخ أحمد إبراهيم بك ـ الالتزامات في الشرع الإسلامي (الأعمال الكاملة) ـ الجزء ٢ ـ توزيع دار الأنصار ـ ص٩٨.

بيد أن الفقه الإسلامي المعاصر، وتأثراً من جانبه بالتصورات النظرية الوضعية، أبى إلا أن يفرد لمشروعية التصرف، ركناً مستقلاً أطلق عليه السبب الباعث على التصرف[1]، بحسبان كون «السبب الباعث هو الذي يحرك الإرادة نحو غرض محدد تبتغي تحقيقه، وهذه الإرادة إذا التقت بإرادة أخرى فإننا نكون بصدد عقد. والعقد وهو التقاء إرادتين بغية تحقيق غرض مشترك يبتغي المتعاقدان تحقيقه فلا بد من محل يقع عليه، فأي عملية عقدية لا بد لها من سبب يدفع إليها ويحركها نحو هدف معين، وفي نفس الوقت لا بد لها من محل تقع عليه وتدور حوله الالتزامات المتقابلة»[2]. أي أن الفقهاء المحدثين، اعتمدوا التقسيم الوضعي لأركان التصرف القانوني، واستجلبوه إلى ساحة التصرف الشرعي في الفقه الإسلامي، وأفردوا للمشروعية ركناً مستقلاً أطلقوا عليه ركن السبب الباعث. حال أن الأمر في حقيقه، وبمزيد إنعام للنظر، إنما يفصح عن مخالطة شبه كاملة للمشروعية بكل من الإرادة والمحل. فللمشروعية موضعان في التصرف الشرعي، الموضع الأساس هو الإرادة ومكمنه حقيق مقصد التصرف المرنو إليه غائياً، والموضع الآخر تبعي وهو محل التصرف، أي ما يجري عليه التصرف المبرم. وليس هذا بمقام المجادلة الفقهية حول صحيح أركان التصرف، وإنما ما يهمنا في هذا الخصوص، استظهار الموقف الشرعي الفقهي من المشروعية، التي لا نكاد نرى لها انفراداً بركن مستقل، وإنما هي مندمجة في كل من الإرادة بالأساس والمحل على نحو تبعي، فقط نشير إلى أننا سوف نطلق على عناصر المشروعية المكونة من المقاصد والنوايا لفظة الباعث، مع تأكيدنا لكامل التمايز بين مقصودنا من هذا الباعث وبين المقصود الفقهي من السبب الباعث.

١٦١/١ ـ مذهب الحنفية والشافعية في مسألة المشروعية: تفصيل ذلك، أن الفقه الإسلامي وعلى تباين مذاهبه، يكاد يتفق على تأثير المشروعية على صحة التصرف، فقط موضع الخلاف بين هذه المذاهب، يكمن في كيفية استظهار عناصر المشروعية. فيذهب الأحناف والشافعية إلى أن الباعث لا يبحث عنه خارج الإرادة، بل يتعين ـ للحكم عليه ـ أن يكون موجوداً في صيغة العقد ذاتها، داخلاً في دائرة التعامل، فلا مناص لإمكان مراقبته من وجوب تضمن التعبير عن الإرادة إياه، باعتبار الباعث جزءً من هذا التعبير لا ينفصل عنه، وبذلك فلا اعتداد بالباعث إن لم تتضمنه صيغة العقد تعبيراً

---

(١) الشيخ أحمد إبراهيم ـ المرجع السابق ـ ص٩٨ وما بعدها. وبهذا المعنى الدكتور عبد الرازق السنهوري ـ مصادر الحق في الفقه الإسلامي ـ الجزء الرابع ـ الطبعة الثالثة ـ ١٩٦٧ ـ ص٥١ وما بعدها.

(٢) الدكتور محمود محمد شعبان ـ السبب الباعث على التعاقد في الفقه الإسلامي ـ مطبعة الإخلاص ـ ص١١٧.

عن الإرادة[1]. وهذا الاتجاه لا يرى الباعث إلا في الإرادة الظاهرة، حيث لا يجوز تجاوز هذه الإرادة الظاهرة إلى تفتيش النوايا الخفية، فإذا لم تتضمن هذه الإرادة الظاهرة أياً مما يفيد وجود باعث غير مشرع، استوى التصرف صحيحاً قائماً على أركانه مكتملاً ونافذاً بشروطه. وفي هذا ذكر الإمام الشافعي أن «أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين و أجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع. وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلماً لأنه قد لا يقتل به وأفسد عليه هذا البيع، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه يعصر خمراً ولا أفسد البيع إذا باعه إياه لأنه باع حلالاً وقد يمكن أن لا يجعله خمراً أبداً، وفي صاحب السيف أن لا يقتل به أحداً أبداً، وكما أفسد نكاح المتعة ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوي ألا يمسكها إلا يوماً أو أقل أو أكثر لم أفسد النكاح وإنما أفسده أبداً بالعقد الفاسد»[2]. وجاء في «البدائع» أنه «لا تجوز إجارة الإماء للزنا، لأنها إجارة على المعصية. وقيل فيه نزل قوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا۟ فَتَيَٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِّتَبْتَغُوا۟ عَرَضَ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا﴾. وروي عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن مهر البغي وهو أجر الزانية على الزنا»[3]. وكذلك جاء فيه أنه «ولو اشترى قمرية على أنها تصوت أو طيراً على أنه يجيء من مكان بعيد أو كبشاً على أنه نطاح أو ديكاً على أنه مقاتل، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو إحدى الروايتين عند محمد رحمه الله

لأن هذه الصفات يتلهى بها عادة، والتلهي محظور، فكان هذا شرطاً محظوراً، فيوجب فساد البيع... ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها، فالبيع فاسد، لأن التغنية صفة محظورة لكونها لهواً، فشرطها في البيع يوجب فساده. ولو اشترى جارية على أنها مغنية على وجه إظهار العيب، جاز البيع، لأن هذا البيع شرط البراءة عن هذا العيب، فصار كما لو باعها شرط البراءة عن عيب آخر، فإن وجدها لا تغني لا خيار له، لأن الغناء في الجواري عيب فصار كما لو اشترى على أنه معيب فوجده سليماً»[4]. الأمر الذي يتبين معه، أن هذا الاتجاه الأول برغم تقييده لإمكان استظهار عناصر المشروعية، حصراً لها فيما تفصح عنه الإرادة الظاهرة من صحيح باعثها وإلا حمل التصرف على صحة المقصد، ـ أقول ـ برغم ذلك، فإن مشروعية

(١) السنهوري ـ مصادر الحق في الفقه الإسلامي ـ الجزء الرابع ـ معهد البحوث والدراسات العربية ـ ص٥٤.

(٢) الأم ـ الإمام الشافعي ـ الجزء الثالث ـ كتاب الشعب ـ ص٦٥.

(٣) البدائع، الجزء ٤، ص١٩٠، عن السنهوري، المرجع السابق، ص٥٦.

(٤) البدائع، الجزء ٥، ص١٦٩، عن السنهوري المرجع السابق، ص٥٦، ٥٧.

التصرف تظل أحد أصول ابتناء ركن الإرادة، الذي لا قيام ـ ابتداءً ـ للتصرف دونها. بل أن من متأخري الأحناف من توسع في الأخذ بدلالات مشروعية التصرف، غير حاصر لها فيما ورد بظاهر التعبير عن الإرادة فحسب، حيث يذهب هذا الفقه إلى أن «الأصل أن تحصل العقود على أسبابها الشرعية الظاهرة التي يظهر أنها غرض المتعاقدين حتى إذا قام دليل أو قرينة على أن حقيقة الأمر غير ظاهره، وجب التمسك بالحقيقة»[1]. أي أنه لا يستلزم لتعيين حدود مشروعية التصرف، وورود الباعث في متن التعبير عن الإرادة، وإنما اكتفى بقيام الدلائل الجدية على حقيقة انتفاء المقصد المشروع عن التصرف. لذا يذهب إلى أنه إذا كان ثمة «رجل أراد أن يقترض من آخر مائة جنيه (مثلاً) على أن يردها إليه بعد مدة معينة مائة وعشرين لكن الرجلين كليهما يتورعان عن صورة الربا فقط. فيتفقان على أن يبيع الأول للثاني شيئاً بمبلغ مائة وعشرين جنيهاً مؤجلة إلى مدة كذا، وبعد أن تتم الصفقة يشتري الأول من الثاني ذلك الشيء بعينه بمبلغ مائة جنيه ويقبضه إياها في الحال تحقيقاً لغرضهما، والمحققون من الفقهاء قالوا ببطلانه لأنه رباً مستتراً تحت صورة عقد بيع، وأما غير المحققين فلهم كلام، كثيراً ما لا أدري على أي أساس شرعي فقهي قد بني»[2]. أي إن قيام دلائل تفيد على نحو جدي عدم مشروعية المقصد من التصرف، إنما يؤدي إلى إهدار كامل للإرادة ـ وإن تحققت لها سائر شرائط قيامها ـ فينهدر معها التصرف ذاته، ليصير عندئذ باطلاً.

١٦١/ ٢ ـ مذهب المالكية والحنابلة في مسألة المشروعية: ويذهب المالكية والحنابلة، وهم بصدد التأكيد على دور المشروعية في ابتناء التصرف صحيحاً، إلى التوسعة في الاستدلال على عناصر مشروعية التصرف. فيرى هذا الاتجاه وجوب الاعتداد بالباعث على التعاقد سواء ذكر بالعقد أم لم يذكر، ما دام كان معلوماً للطرف الآخر، فإن ثبتت مشروعية الباعث غدا العقد صحيحاً وإلا فلا. وفي ذلك يقول ابن القيم في «إعلام الموقعين»: «وتأمل قول النبي ﷺ: (صيد البر لكم حلال وأنتم حرم ما لم تصيدوه أو يُصد لكم). كيف حرم على المحرم الأكل مما صاده الحلال إذا كان قد صاده لأجله؟ فانظر كيف أثر القصد في التحريم ولم يرفعه ظاهر الفعل، ومن ذلك الأثر المرفوع من حديث أبي هريرة: (من تزوج امرأة بصداق ينوي أن لا يؤديه إليها فهو زان، ومن أدان ينوي أن لا يقضيه فهو سارق)، ذكره أبو حفص بإسناده؛ فجعل المشتري والناكح إذا قصدا أن لا يؤديا العوض بمنزلة من استحل الفرج والمال بغير عوض، فيكون كالزاني والسارق في المعنى وإن خالفهما في الصورة، ويؤيد ذلك ما في «صحيح البخاري» مرفوعاً: (من أخذ أموال الناس يريد أداءها أداها الله عنه،

---

(١) الشيخ أحمد إبراهيم بك ـ الالتزامات في الشرع الإسلامي ـ المرجع السابق ـ ص١٠٠.

(٢) ذات المرجع السابق ـ ص٩٩.

ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله). فهذه النصوص وغيرها كثير تدل على أن المقاصد تغير أحكام التصرفات من العقود وغيرها، وأحكام الشريعة تقتضي ذلك أيضاً؛ فإن الرجل إذا اشترى أو استأجر أو اقترض أو نكح ونوى أن ذلك لموكله أو لموليه كان له وإن لم يتكلم به في العقد، وإن نواه له وقع الملك بالعقد، وكذلك لو تملك المباحات من الصيد والحشيش وغيرها ونواه لموكله وقع الملك له عند جمهور الفقهاء. نعم لا بد في النكاح من تسمية الموكل؛ لأنه معقود عليه، فهو بمنزلة السلعة في البيع، فافتقر العقد إلى تعيينه لذلك، لا أنه معقود له. وإذا كان القول والفعل الواحد يوجب الملك لمالكين مختلفين عند تغير النية ثبت أن للنية تأثيراً في العقود والتصرفات، ومن ذلك أنه لو قضى عن غيره ديناً أو أنفق عليه نفقة واجبة أو نحو ذلك ينوي التبرع أو الهبة لم يملك الرجوع بالبدل، وإن لم ينو فله الرجوع إن كان بإذنه اتفاقاً، وإن كان بغير إذنه ففيه النزاع المعروف؛ فصورة العقد واحدة إنما اختلف الحكم بالنية والقصد. ومن ذلك أن الله تعالى حرم أن يدفع الرجل إلى غيره مالاً ربوياً بمثله على وجه البيع إلا أن يتقابضا، وجوز دفعه بمثله على وجه القرض، وقد اشتركا في أن كلاً منهما يدفع ربوياً ويأخذ نظيره، وإنما فرق بينهما القصد؛ فإن مقصود المُقرض إرفاق المقترض ونفعه، وليس مقصوده المعاوضة والربح. ولهذا كان القرض شقيق العارية كما سماه النبي ﷺ (منيحة الوَرِق) فكأنه أعاره الدراهم ثم استرجعها منه، لكن لم يمكن استرجاع العين باسترجاع المثل. وكذلك لو باعه درهماً بدرهمين كان رباً صريحاً، ولو باعه إياه بدرهم ثم وهبه درهماً آخر جاز، والصورة واحدة وإنما فرق بينهما القصد. فكيف يمكن أحداً أن يلغي القُصُود في العقود ولا يجعل لها اعتباراً؟»[1].

١٦١/ ٣ ـ القصد بمعنى الباعث حاكم على الصحة التصرف أو بطلانه: مما سلف يتبين ما أولاه هذا الفقه من بالغ اهتمام وتقدير للمقصد من التصرف (ويعني به باعثه)، حتى إنه يبحث عنه في كل ظرف يخالط التصرف أو يرافقه، فإذا ما تبين هذا المقصد بأي وجه استدلال تحددت مشروعية التصرف على هداه. فيذهب الإمام الشعراني في «الميزان الكبرى» إلى أنه في خصوص مسألة بيع العنب لعاصر الخمر «ومن ذلك قول الأئمة الثلاثة أنه يصح بيع العنب لعاصر الخمر مع الكراهة مع قول أحمد بعدم الصحة فالأول فيه تخفيف والثاني مشدد ووجه الأول أن المقاصد هي التي يؤاخذ بها العبد أما الوسائل فقد يحال بين العبد وبينها فلذلك كان بيع العنب لمن يريد أن يعصره خمراً غير حرام لعدم تحققنا أنه يتمكن من عصره وكان الحسن البصري يقول: لا بأس ببيع العنب لعاصر الخمر وكان سفيان الثوري يقول: بع الحلال لمن شئت ووجه الثاني سد الباب

(١) ابن قيم الجوزية ـ إعلام الموقعين عن رب العالمين ـ الجزء الثالث ـ تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد ـ طبعة ١٤٠٠ هـ ، ١٩٨٠م ـ مكتبة الكليات الأزهرية ـ ص٩٨، ٩٩.

لأن ما يتوصل به إلى الحرام فهو حرام ولو بالقصد كما لو نظر إنسان إلى ثوب موضوع في طاق على ظن أنه امرأة أجنبية فإنه يحرم عليه ذلك فافهم»[1]. وهو مثال بالغ الدلالة في مدى مخالطة المقصد (أي الباعث) الإرادة، التي تبتنى عليها التصرفات، بحيث إن التصرف الواحد يمكن حمله على الصحة كما على البطلان، وفاصل الأمر المقصد المحمول التصرف عليه. الأمر الذي يستظهر معه مدى مخالطة المشروعية المؤصلة على عدم مخالفة قصد الشارع، وعدم مجاوزة أحكامه الثابتة بسند نص أو إجماع أو قياس معتبر، لركن الإرادة في التصرف الشرعي، بحيث تتعين صحة التصرف بداية على حسب هذا المقصود.

١٦١/ ٤ ـ أثر محل التصرف في مشروعيته: ومن جانب آخر، ومما يزيد الأمر وضوحاً، أن المشروعية في غير قليل من التصرفات الشرعية، تخالط المحل أيضاً، فتتحدد مشروعية المحل في ضوء المقصد من وراء استخدامه[2]، فنجد اختلافاً في حكم ذات التصرف الشرعي حال تكراره، فتارة يحمل على صحة وأخرى يقضي ببطلانه، إنما يكون ذلك مرده طبيعة المحل والمستخدم فيه بالتصرف موضع الإبرام، ومثاله «قول أبي حنيفة ومالك بجواز بيع الكلب مع الكراهة فإن بيع كلب لم ينفسخ البيع إن أمكن الانتفاع به عندهما وقال الشافعي وأحمد: لا يصح بيع الكلب بوجه من الوجوه ولا قيمة له إن قتل أو أتلف فالأول مخفف والثاني مشدد فمرجع الأمر إلى مرتبتي الميزان ووجه الأول إن النهي عن ثمنه لا يلزم منه عدم صحة بيعه نظير ما ورد في كسب الحجام فإن الحجامة جائزة وكسبها مكروه ووجه الثاني أن النهي عن أكل ثمن الكلب يقتضي عدم صحة بيعه لندور الحاجة إلى بيعه لكثرة الكلاب في كل زمان ومكان مع قول جمهور الأئمة بنجاستها وخبثها وأمر الشارع بالغسل من فضلاتها سبع مرات إحداهن بالتراب الطهور ويصح حمل القولين على حالين فمن احتاج إلى كلب لماشية أو حراسة دار فله شراؤه ومن لا فلا، والله ﷻ أعلم»[3]. وكذلك الأمر في قول

---

(١) الميزان للشعراني ـ الجزء الأول ـ المطبعة الحسينية المصرية ـ طبعة ١٣٢٩هـ ـ الطبعة الأولى ص٥٧.

(٢) ونحن هنا لا نتعرض لشروط المحل كما أفاض في تبيانها الفقه، وإنما نحاول مقاربة المحل من زاوية أخرى، وعلى نحو كلي، بحيث يتم وزن المحل إجمالاً من خلال موضعه في التصرف المعني وفي ضوء المقصد من ورائه، في محاولة لاستظهار مدى مشروعيته. منطلقين من فهم خاص بكون التصرف يمكن في ذاته ألا يكون محرماً ولكن نظراً لمقصد غير مشروع يرد البطلان على التصرف كشراء الميتة للأكل، فموضوع بطلان مثل هذا التصرف لا يكمن في مقصد الأكل ولا في عدم استيفاء كافة عناصر التصرف، إنما مكمن البطلان إنما يرد في حرمة المحل ذاته أي الميتة، أي عدم صلاحية المحل للأكل، ومن ثم عدم مشروعية التصرف بأكمله.

(٣) الميزان ـ الإمام الشعراني ـ الجزء الثاني ـ المرجع السابق ـ ص٦٠، ٦١.

الرسول ﷺ: (إن الله إذا حرّم شيئاً أو حرّم أكل شيء حرّم ثمنه). يقول الإمام ابن القيم «يراد به أمران: أحدهما: ما هو حرام العين والانتفاع جملة، كالخمر والميتة والدم والخنزير وآلات الشرك، فهذه ثمنها حرام كيفما اتفقت. والثاني: ما يباح الانتفاع به في غير الأكل، إنما يحرم أكله، كجلد الميتة بعد الدباغ، وكالحمر الأهلية، والبغال ونحوها مما يحرم أكله دون الانتفاع به، فهذا يقال: إنه لا يدخل في الحديث، وإنما يدخل فيه ما هو حرام على الإطلاق. وقد يقال: إنه داخل فيه، ويكون تحريم ثمنه إذا بيع لأجل المنفعة التي حرمت. فإذا بيع البغل والحمار لأكلهما حرم ثمنهما بخلاف ما إذا بيعا للركوب وغيره، وإذا بيع جلد الميتة للانتفاع به، حل ثمنه. وإذا بيع لأكله، حرم ثمنه»[1]. وهو الأمر عينه في شأن السياسة الشرعية، من وجهة حق ولي الأمر في التسعير، يقول الإمام ابن القيم: «وأما التسعير، فمنه ما هو ظلم محرم. ومنه ما هو عدل جائز. فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه، أو منعهم مما أباح الله لهم، فهو حرام. وإذا تضمن العدل بين الناس، مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل فهو جائز، بل واجب»[2]. وذكر الإمام في خصوص مسألة إلزام الناس بعدم بيع الطعام أو غيره من الأصناف، إلا ناس معروفون لا تباع تلك السلع إلا لهم، حيث يتولون هم فيما بعد بيعها لمن يريدون، أنه «من البغي في الأرض والفساد، والظلم الذي يحبس به قطر السماء. وهؤلاء يجب التسعير عليهم، وألا يبيعوا إلا بقيمة المثل، ولا يشتروا إلا بقيمة المثل، بلا تردد في ذلك عند أحد من العلماء؛ لأنه إذا منع غيرهم أن يبيع ذلك النوع أو يشتريه فلو سوّغ لهم أن يبيعوا بما شاءوا أو يشتروا بما يشاءوا: كان ذلك ظلماً للناس ظلماً للبائعين الذين يريدون بيع تلك السلع، وظلماً للمشترين منهم. فالتسعير في مثل هذا واجب بلا نزاع»[3]. أي: أن محل التصرف يجب أن يكون قابلاً لحكم التصرف شرعاً، أي مشروعاً، وإلا بطل التصرف بالكلية. فكما يتعين أن يكون هذا المحل مالاً، يجب أن يكون أيضاً متقوماً. والتقوم المقصود هنا، هو اتفاق المحل مع عناصر التصرف المراد بالتزامه حدّ الضوابط الشرعية الكلية الحاكمة له. إذ إن مشروعية المحل ليست بالأمر المقطوع به سلفاً ـ في غالب الأحوال ـ، وإنما تتحدد هذه المشروعية، حسب موضع هذا المحل من التصرف،

---

(١) جامع الفقه ـ موسوعة الأعمال الكاملة للإمام ابن قيم الجوزية ـ جمعه ووثق نصوصه وخرج أحاديثه/ يسري السيد محمد ـ الجزء الرابع ـ دار الوفاء بالمنصورة ـ الطبعة الأولى ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠ م ـ ص١٣٣، ١٣٤.

(٢) المرجع السابق ـ جامع الفقه ـ الجزء الرابع ـ ص١٣٨.

(٣) المرجع السابق ـ جامع الفقه ـ الجزء الرابع ـ ص١٣٩، ١٤٠.

فالسلاح مثلاً إن بيع وثبت يقيناً أن قصد مشتريه محاربة المسلمين، غدا مالاً غير مشروع يبطل التصرف فيه بالكلية، وكذا بيع الكلاب والحمير والبغال، فإن كان لاستخدام مشروع كالحراسة للأول والركوب للآخرين انعقد التصرف صحيحاً، وإنما إذا كان البيع لأكل كان التصرف باطلاً لعدم مشروعية المحل، وكذا جلد الميتة بالخلاف ما بين إذا كان الشراء للأكل أم للانتفاع.

١٦٢ ـ وعليه، تضحى الإرادة وكذا المحل في أي تصرف شرعي، موضع اعتبار أول في تقدير مشروعية التصرف. وذلك من وجهة المقصد المبتغى والهدف المرنو إليه، ومن وجهة موضع المحل داخل التصرف والاستخدام المهيأ له. أي أنهما ـ فلسفياً ـ ليسا أساس الإجازة، وإنما هما مقيدان ابتداء بضوابط المشروعية المقررة بأي سند شرعي، نصاً أو إجماعاً أو قياساً معتبراً. أي أن أصل الشرعة في خصوص إجازة الإرادة وقدراتها على إتيان التصرف الشرعي المنتج، أو في شأن أهلية المحل وصلاحيته لأن يكون موضع تصرف، إنما هما على التقييد بحد المعتبر شرعاً منها. الأمر الذي يتبين منه قدر مفارقة التصرف القانوني للتصرف الشرعي، إذ الأول وبحكم انطلاقه تأسساً على مبدأ سلطان الإرادة وحرية الأخيرة في التوجه صوب ما تشاءه من أعمال قانونية غير محدودة بحد أو مقيدة بقيد، سوى عدم الإضرار بحقوق الآخرين من الغير، مع قدرتها على ترتيب ما تشاء من آثار قانونية ترنو إليها، ـ نقول ـ بحكم هذا كله انفرز وضع بالغ الخطورة على نظام المجتمع إجمالاً والنظام القانوني خصوصاً، الأمر الذي عالجه الفقه الوضعي من جانبين، الأول تمثل في إفراد ركن مستقل لعناصر المشروعية أطلق عليه «السبب»، مكبلاً فيه الإرادة بالقيود التي لم يتمكن من التصريح بانضباط الإرادة بها ابتداء، ليستقيم ركن الإرادة على هدى من حقيقة تقيدها بعناصر المشروعية المقررة، أي: وجوب استواء الإرادة على صحيح مقتضى سبب مشروع، أي: أنه التف على سلطان الإرادة المطلق وقام بتقييده من خارج تلك الإرادة. وأما الثاني فكان أن ابتدع فكرة النظام العام ووجهها صوب ركني المحل والسبب ليتقوما عليه، فتتقيد الإرادة عندئذ بمقتضى مفهوم تلك الفكرة.

١٦٢/١ ـ حال يتبدى لنا الأمر على نقيض ذلك في التصرف الشرعي، فالأخير ليس فيه ـ منهجاً ـ أي ادعاء بخصوص إطلاق الإرادة، ولا تنظير لديه يتعلق بسلطان لها غير محدود، فقد نشأت الإرادة مقيدة ابتداء بالحد الشرعي، والمقصد من وراء الإرادة هو موضع الاعتبار الدائم في تبين مدى مشروعية التصرف، كما أن هذه الإرادة ليست هي مرتبة الآثار المرجوة بل الآثار تترتب بجعل من الله تعالى. فضلاً عن أن محل أي تصرف تتحدد مشروعيته، بموضعه من التصرف ذاته. وعليه ففي التفكير الشرعي الإسلامي لم يتم فصل المشروعية عن التكوين الأساسي لركني التصرف الشرعي ـ

الإرادة والمحل ـ، بل هي ـ أي المشروعية ـ مستبطنة بهما، مقيدة لهما، محددة ابتداء لأصل مشروعيتهما عند كل تصرف.

١٦٣ ـ النظام القانوني الإسلامي لم يكن بحاجة إلى ابتداع فكرة كالنظام العام: وعليه وإزاء هذا جميعه، لم يجد النظام الشرعي القانوني في الإسلام، احتياجاً فنياً ـ تقنياً ـ لابتداع فكرة كالنظام العام، تلعب دور المقيد والمحدد لسلطان الإرادة وهي بصدد التصرفات الشرعية. فالقيد وارد ابتداء، والحد معين شرعاً، والنسبة إلى الله تعالى في آثار التصرف مقطوع بها، ومن ثم فليس ثمة حاجة لإيجاد آليات تقييد خارجة عن نسق التكوين الداخلي للتصرف للحد من غلوائه، لأن تلك الغلواء غير واردة في التصور الشرعي الإسلامي، كما أنه من غير الوارد وجود آثار قانونية تناقض مقتضى النظام الشرعي. فلكون الآثار إنما تترتب بجعل من الله تعالى، فلا يتصور إمكان ترتب آثار تناقض أحكام الله، وهو ـ سبحانه ـ المنزه عن أن يرتب آثاراً تخالف أحكامه. وعليه فأي تصرف يفتقد عناصر المشروعية المعينة، إنما هو باطل ابتداء، منهدر انتهاء، غير قادر على ترتيب آثاره غير المشروعة. أي أنه ليس بحاجة لأداة قانونية كفكرة النظام العام، كي تدخل على التصرف القانوني المتكامل، صحة وتكويناً، فتبطله كي تهدر آثاره، كما هو حال المشروعية الوضعية المقررة.

* * * * *

١٦٤ ـ التشابه الظاهري بين النظام الإسلامي والقانون الوضعي لا أثر له: ومما تقدم، يكون قد تجلى من الحقائق في شأن صحيح وضع وتكوين الشريعة الإسلامية، ما يحدو بنا إلى عدم الانقياد وراء ما يوجد من ظواهر في النظام القانوني الشرعي لهذه الشريعة قد تكون مشابهة في قشرتها الخارجية لبعض من أفكار النظم القانونية الوضعية كفكرة النظام العام. إذ أنه وإزاء ما انبسط أمامنا من حقائق، سواء هذه التي تخص تكوين الشريعة الإسلامية وأنساقها المعرفية، أو تلك التي تخص مفهوم النظام العام بأوضاعه التاريخية والسياسية والقانونية الملابسة، فضلاً عن وظائفه التي اضطلع بها، والتطور الذي لحق تلك الوظائف منذ مولد هذا المفهوم وحتى استوائه على ما هو عليه في صورته المعاصرة، يغدو من العسير التسليم بأن في النظام الشرعي الإسلامي ما يمكن معه القول بمعرفته لمفهوم النظام العام. بل من العسير التسليم بثمة نسق يمكن أن يكافئ موضوعياً مفهوم النظام العام الوضعي. فمواطن التشابه التي تثير من اللبس بين النظام الشرعي الإسلامي والنظام الوضعي، وتدفع إلى الاعتقاد بمعرفة الأول لمفهوم النظام العام، لا تعدو أن تكون ظواهر خارجية تتعلق بتشابه في أحكام الأمر والنهي، وفي البُعد القيمي الكامن وراء مثل هذه الأحكام، كونها انعكاساً قانونياً لأصول أيديولوجية معتنقة. حال أن الكشف منهجياً عن مفهوم قائم في حقل معرفي معين، لدى

حقل معرفي آخر، إنما يستلزم بداية دراسة كلا الحقلين استظهاراً لمدى قابلية الحقل المبحوث فيه لتقبل هذا المفهوم ومدى احتياجه له، فإن كان، نصير إلى العكوف على استظهار كافة عناصر هذا المفهوم لدى ذلك الحقل الأخير، من حيث مساره التاريخي والدور الذي يضطلع به والوظائف المعهود بها إليه فضلاً عن أبعاده الاجتماعية والسياسية بأوضاعها الملابسة للوضع المجتمعي الذي تنشط به. والثابت لدينا ـ مما تقدم جميعه ـ أن الفرض المنهجي الأول الخاص بمدى إمكان النظام الشرعي الإسلامي لتقبل مفهوم النظام العام ومدى احتياجه له، غير متحقق، للتباين الجلي بين هذه المنظومة القانونية الشرعية وتلك المنظومة القانونية الوضعية، وذلك في المنطلقات الأساسية التي تتعين على هداها تلك الفروض المنهجية المذكورة، مما لا يمكن معه القول بمعرفة ـ أو باحتياج ـ النظام الشرعي الإسلامي لمفهوم النظام العام.

١٦٥ ـ **الإطار المرجعي في النظام الإسلامي ليس قانوناً فحسب**: وإذا كان مسار البحث في مجال الشريعة الإسلامية يفصح عن أن ثمة إطاراً مرجعياً عاماً، يحيط حياة الجماعة التي يقيم بها الفرد، فينتظم تلك الحياة الجمعية، كما هو منتظم للحياة الفردية، فضلاً عن انتظامه للحياة السياسية القائمة بالمجتمع. فثمة تساؤل يلح في هذا الخصوص عن كنه هذا الإطار، ماهيته وعناصره وحدوده؟ وبمعنى آخر بماذا ينضبط الحق ابتداءً وبماذا تتقيد الإرادة في أصل شرعتها، وماهية هذه القيود وكنهها؟ وهو التساؤل الذي نحاول التصدي له فيما يأتي:

١٦٥/١ ـ لما كنا قد استبعدنا مفهوم النظام العام برؤيته الوضعية عن المجال المعرفي للشريعة الإسلامية بنظامها الشرعي القانوني، فمن المتعين أيضاً استبعاد جميع تصورات مفهوم النظام العام التي انطلقنا منها في تعيين هذا المفهوم وأصلنا على هداها عناصره الأساسية. فنحن هنا بصدد دراسة إطار مرجعي، يمثل في ذاته ـ من ضمن ما يمثله ـ دوراً ارتكازياً في الحياة القانونية للشريعة الإسلامية. هذا الإطار له تصوراته الخاصة وآلياته المستقلة، المنبتة في مفاهيمها وحدوها وماهيتها، عن تلك الخاصة بمفهوم النظام العام الوضعي.

١٦٥/٢ ـ فإذا كان ذلك، وكان مفهوم النظام العام ينطلق من حقيقة كونه، حداً على الإرادة وهي بصدد تصرف قانوني؛ فإن للإطار المرجعي في الشريعة الإسلامية منطلقاً يتجاوز ذاك المفهوم، فهو ليس بحد على الإرادة المكتملة، بحيث يرد من خارجها، كما هو الحال في القانون الوضعي. بل هو يمثل ضوابط لا تنشأ الإرادة منتظمة ابتداءً إلا إذا التزمتها. ومن ثم فلا تكتسب الإرادة أي قدرة على الفعل، إلا إذا صيغت متوافقة لأحكام هذا الإطار ومن داخله منضبطة بمقتضاه. لذا كان المنضبط في هذا الخصوص، ليس الإرادة فحسب وهي بصدد تصرف شرعي، وإنما المنضبط

بالأساس جميع الأوضاع التي يتم بها وفيها الفعل الإنساني، سواء وجدت فيها الإرادة أم انتفت، وسواء أكانت تصرفاً أم واقعة، أي أكانت تصرفاً شرعياً أم تصرفاً فعلياً أم واقعة شرعية. بل إنه قد تترتب التزامات دون أن يكون ثمة إرادة يمكن الاعتداد بها سبباً لهذا الالتزام[1]. وبيان ذلك، أن هذا الإطار المرجعي المعني، لا يتعلق بالتنظيم القانوني فحسب، وإنما هو بالأساس إطار مرجعي لتنظيم حياتي كوني، يتصل بالمنظومة القانونية كما يتعلق بغيرها من المنظومات الأخرى، وعلى قمة مدارجها منظومة المفاهيم الدينية العقدية والعبادية، مروراً بالنظم الأخلاقية وتلك الاجتماعية الخاصة بحدود العلاقات بين الأفراد وبينهم وبين جماعاتهم الفرعية المنتمين إليها فضلاً عن جماعتهم الأصلية، وصولاً إلى النظم السياسية الاقتصادية المتبناة. وبمعنى آخر، ما المنظومة القانونية إلا آلية من آليات ضبط انفعال الحياة الإنسانية لمجتمع يتبنى الإسلام عقدياً على هدى أصل هذا الإطار المرجعي. وعليه فإن هذا الإطار وإن وجد أصوله في كثير من الروافد فهو بالأساس يمتد في نفوذه متغلغلاً حتى أهون جزئيات النشاط الحياتي الفاعل. وهو وبامتداد مظلته على هذا النحو، إنما يحيط النشاط الإنساني كافة، سواء الواعي المستند إلى إرادة واعية مدركة أو غير الواعي الذي قد يعترض فيه الإرادة من العوارض ما يؤثر على إدراكها، وهي بصدد الفعل المعني. وفي كل الأحوال يرتب من الآثار ما يرتأيه كافلاً لرأب ما قد ينخرم بهذا الإطار إزاء ذلك الفعل، وإن كان قد يترتب على ذلك آثار تلحق آخرين غير من قام بالفعل المعني. ومثاله ما يترتب على إحياء الأرض الموات من تملك محييها لها. في مثل هذه الحالة، لسنا بصدد تصرف شرعي وإنما هو تصرف فعلي، رتب عليه الشرع الإسلامي آثاراً قانونية شرعية، أهمها تملك الأرض، وهو حكم قرره المولى ﷻ، عند تحقق أي من العلل التي عينها سبحانه مناطاً للتملك. وإذ يتعين مناط التملك في هذه الحالة بتوفر مفهوم عمارة

---

(1) أما عن التصرف الشرعي فقد سبق بيانه ولا مزيد فيه بهذا الخصوص. وأما عن التصرف الفعلي فهي الأفعال التي ترتب آثاراً ولو لم يردها الفاعل كالغصوب والإتلافات ومنها كافة صور التعدي على الغير كالخيانات والسرقة ومنها الإحراز وإحياء الموات والتحجير وهي ليست من الغصوب ولا الإتلافات. وأما الواقعات الشرعية فهي الحوادث التي تقع دونما اختيار من الإنسان كالميلاد والوفاة والجوار ومضي الزمان. وقد جعل الله تعالى لكل فعل من هذه الأفعال جميعها حكماً شرعياً يرتب التزامات سواء وقعت على عاتق القائم بالفعل أو على عاتق غيره أو على عاتق الجماعة بأسرها، وهي تتراوح ما بين عقوبات بدنية والتزامات مالية أو عينية وواجبات مفروضة. أصل هذه الأحكام جميعها إنما يكمن في ذلك الإطار المرجعي الأشمل المقرر ترسماً بالوضع الإلٰهي، الذي يرد إليه فترد الآثار بجعل منه.

انظر الدكتور محمد زكي عبد البر ـ التصرفات والوقائع الشرعية ـ دار القلم بالكويت ـ الطبعة الأولى ـ ١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م.

الأرض وحصول نفع المسلمين، يصير محيي تلك الأرض مالكها. الأمر الذي انتفى عن حالة كالتحجير، والتحجير هو وضع الشخص حدوداً لأرض إعلاماً بنواحيها، وإذ المحجر لا يمتلك ما بين هذه الحدود التي قام بوضعها، فتظل هذه الأرض مالاً مباحاً. وعلة ذلك انتفاء مناط التملك في هذا الخصوص، كون تلك الأرض ليست مملوكة للمحجر بأي من الأسانيد المقررة شرعاً للتملك، كما أنه لم يقم بإحيائها أي لم يتحقق بحاله مناط عمارة الأرض، وعليه فلا يكون ثمة مسوغ شرعي لتملكه إياها[1].

ومن أمثلة ذلك أيضاً، الجوار الذي يرتب حقوقاً وواجبات، والوفاة التي ترتب أحكاماً تتعلق بالميراث، فتلك وقائع ليس ثمة إرادة فردية أو جماعية اتجهت لإحداثها، ورغم هذا ترتبت الآثار القانونية الشرعية عليها منضبطة بالحدود المقررة شرعاً في الإطار المرجعي الإسلامي. وكذلك من الوقائع الشرعية التي ترتب التزامات وواجبات، أحوال إتلاف غير المميز أو المجنون مالاً للغير، فبرغم ذهاب عقل الفاعل وانتفاء إدراكه ووعيه، فإنه يظل ضامناً في ماله ما قام بإتلافه، وهو أمر يتقرر بحكم وجوب إزالة الضرر، تفريعاً عن الأصل الكلي المستمد من حديث الرسول ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار).

---

(١) ويشير الفقه إلى أن عمارة الأرض وانتفاع المسلمين بها، يكون بإحياء الأرض وزراعتها على نحو ما تزيد معه الثروة القومية للجماعة ويحصل من ورائها خراجها وعشارها ـ انظر الدكتور محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص١٢٢ ـ١٢٤.

المبحث الثاني

الإطار المرجعي للنظام الشرعي

١٦٦ ـ أساس المرجعية الإسلامية: يقول الله تعالى في محكم البيان: ﴿إِنِ ٱلْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوٓا۟ إِلَّآ إِيَّاهُ﴾ [يُوسُف: ٤٠] ويقول: ﴿وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ ٱللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ ۝٥٠﴾ [المَائدة] ويقول ـ سبحانه ـ ﴿إِنِ ٱلْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ يَقُصُّ ٱلْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ ٱلْفَٰصِلِينَ ۝٥٧﴾ [الأنعَام]. وهذه الآيات وغيرها، تفيد حاكمية الله تعالىٰ على خلقه وعلى شؤون حياتهم ومناهج تجمعهم الإنساني. بموجب هذه الحاكمية تعينت مصادر التشريع وأدلته الشرعية، وتحددت أطر الولايات العامة والفرعية والشخصية، وتقررت حدود الحقوق ـ الفردية والعامة ـ، ودار كل هذا بفلك العقيدة الإسلامية، خادماً لها، محققاً لمنتهاها. ليغدو التنظيم القانوني للتشريع الإسلامي تنظيماً للسلوك الإنساني ـ الفردي والجماعي والرسمي (للدولة بأجهزتها) ـ ضابطاً له بإطار كلي عينه الله ﷻ حاكماً لهذا السلوك، كما عينه حاكماً لنهجه العقدي والفكري والخلقي. هذا ما أطلقنا عليه الإطار المرجعي باعتباره الإطار الذي يطوي بين جنباته أسس الاعتقاد الإسلامي وكليات هذا الدين وأصول مبادئه. فتكوين النظام القانوني الشرعي للإسلام، ليس تكويناً منعزلاً مستقلاً عن المنظومة الفكرية الإسلامية، وإنما هو نبت لهذه المنظومة، آخذ منها محدد بحدودها منضبط بأصولها. وهو في الوقت نفسه نافع لها مكمل لإطارها الكلي باعتباره الانعكاس القانوني لأصول ومبادئ وكليات هذه المنظومة. الأمر الذي كان معه النظام القانوني الشرعي، هو الوجه التقنيني للشريعة الإسلامية. فإذا ما اتفقنا على تعريف هذه الشريعة بكونها مجموع الأحكام المأخوذة عن القرآن الكريم وسنة رسول الله ﷺ وما استقر في كتب الفقه الإسلامي منذ تأسست المذاهب الفقهية المختلفة وما تفرع عن أحكام القرآن والسنة من اجتهادات فقهاء، تبين قدر التنوع الموضوعي في الأحكام والقواعد التي ينطوي عليه النظام الشرعي القانوني الإسلامي، الذي لن يغدو مقتصراً على ضبط سلوك التعامل داخل المجتمعات على مستويات علاقاتها المختلفة فحسب، وإنما يمتد لينال بالتنظيم مجالات من العلاقات أكثر رقياً من ذلك، بداية من علاقة الإنسان بربه، مروراً بعلاقاته الأخلاقية بالآخرين، إلى أن ينتهي بعلاقات القربى وما تفرضه ديانة من واجبات والتزامات ذات انعكاس قانوني على هذه المنظومة القانونية، بالغة الشمول والاتساع.

١/١٦٦ ـ النظام القانوني الإسلامي يحكم السلوك الإنساني كله: ومن ثم وعلى

أصل ما تقدم، يمتاز النظام القانوني الإسلامي عن غيره من النظم القانونية الوضعية، بأن ليس ثمة انحسار لدوائر أطره العقدية والعبادية والخلقية عن هذه المنظومة القانونية، وإنما تتداخل فيما بينها وتتضافر باعتبارها المصدر الكلى لقواعد السلوك الإنساني في ساحة المعاملات الإنسانية والجمعية، فتتكون منها جميعها المنظومة القانونية الإسلامية. تلك المنظومة التي تحدد أصول الإسلام وكلياته ومبادئه وأسسه، العقدية والمعاملاتية، الخلقية والعبادية، دون تمييز بينها.

١٦٦/ ٢ ـ **إطار المرجعية الإسلامية**: وهنا يتعين موضع بحثنا حول الإطار الذي يتشكل منه السياج المحيط ضبطاً بالمنظومة القانونية الشرعية في الإسلام، أي الإطار المكون لأصول الشرع التي لا خروج عليها ولا فكاك منها ولا التفات عنها لأي نظم قانوني، يبغي (أو يدعي) النسبة للفكرية الإسلامية. والناظر في هذا الخصوص، إنما يجد تنوعاً لهذه الأصول الشرعية، ما بين القطعي وقسيم القطعي، وذلك حسب معايير الاستدلال المتبناة، توصلاً لهذا الإطار الكلي الذي تتشكل منه المرجعية العليا للنظام القانوني الإسلامي. أي أن هذا الإطار المرجعي، إنما تتوزع أصول أحكامه الشرعية ما بين دائرتين، الأولى دائرة الأحكام القطعية، والثانية دائرة الأحكام قسيمة القطعية.

١٦٦/ ٣ ـ **المكونات القطعية للإطار المرجعي**: أما دائرة القطعي، فهي الأحكام المحصلة مباشرة من النص ـ الكتاب أو السنة ـ أو الإجماع، ومعيار الاستدلال المنتهج في هذا الخصوص، هو المعيار النصي الذي يبحث في نصوص الكتاب الحكيم وسنته النبوية المشرفة وإجماع الأئمة، لتحصيل أحكام قطعية، أي أحكام تدل بذاتها ووحدها على مدلولها، المقطوع بمقصده وبصحة سند وروده.

أما دائرة قسيم القطعي، فهي الأحكام المحصلة بطريق الاستقراء، أي المتوصل إليها ليس بالسبيل المباشر من ألفاظ النصوص أو الإجماع، وإنما بطريق غير مباشر باستقراء النصوص واستنباط كلياتها وتخريج أصولها ومقاصدها، وصولاً إلى تحصيل أحكام كلية للشريعة الإسلامية، تكون أصلاً ترتكز عليه هذه الشريعة فيغدو ما يتم تحصيله من هذه الكليات قسيماً للقطعي. ومعيار الاستدلال المتبع في هذا الخصوص هو الاجتهاد البشري، الذي يبذل فيه المجتهد جهده ويعمل عقله ويعتصر قريحته، لبلوغ هذه الدائرة من الأحكام.

١٦٦/ ٤ ـ على أن هذا التصنيف لأحكام الإطار المرجعي ما بين قطعي وقسيم قطعي، ليس مفاده استقلال الدائرتين عن بعضهما البعض أو استقلال معياري الاستدلال الخاص بكل منهما. وإنما الأمر على خلاف ذلك، إذ أن كلاً من المعيارين يعتمد بالأساس على النص ـ الكتاب والسنة ـ، وكل منهما يتطلب جهداً في تخريج الأحكام من النصوص، غاية الأمر أن الجهد في الدائرة الأولى يتوقف على تبين معاني

ودلالات ألفاظ النص، فيحصل بهذا القدر من الجهد الحكم المتطلب. بينما يستلزم الجهد في الدائرة الثانية مزيداً من إنعام للنظر بضم نصوص إلى نصوص وتخريج أحكام على أحكام، حتى يتوصل إلى الحكم المراد. ليتعين لدينا في النهاية، جملة من الأحكام ذات مصادر مختلفة، بعضها يرتد بشكل مباشر إلى الكتاب والسنة، وبعضها الآخر يرتد إليهما ولكن بشكل غير مباشر عن طريق سبل الاجتهاد المختلفة، ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: النصوص القطعية. (القطعي)

المطلب الثاني: الأحكام القطعية. (قسيم القطعي)

المطلب الأول

النصوص القطعية (القطعي)

١٦٧ ـ **تمهيد**: عند الحديث عن القطعي، فإننا نعني بالأساس انتهاج معيار نصي يبحث في المصادر النصية المقدسة، أي في النص المقدس، الذي يجد مصدره قطعاً وعلى نحو مباشر في أحكام المولى ﷻ الثابتة في القرآن الكريم، أو الذي يجد مصدره قطعاً فيما هو منسوب إلى الله ـ سبحانه ـ وعلى نحو غير مباشر، عن طريق السنة النبوية الصحيحة، أو يجد مصدره في إجماع أمة محمد بعد وفاته على حكم شرعي عملي. الأمر الذي يفيد أننا بصدد ثلاثة أنواع من النصوص، كل وفق مصدره، فثمة النص القرآني، وثمة نص السنة الصحيحة، وأخيراً ثمة النص المقرر إجماعاً باعتبار الإجماع مصدراً للتشريع الإسلامي.

١٦٨ ـ **أولاً: نصوص القرآن الكريم**: نعني بالنص القرآني الذي يعتبر مكوناً لجزء من المرجعية القطعية للشريعة الإسلامية، ذاك النص القطعي من وجهتي الورود ثبوتاً ودلالة. فأما قطعية الثبوت فتعني أنه من المقطوع به جزماً، أن كل نص متلو من نصوص هذا الكتاب الحكيم، هو ما أنزله الله تعالى على رسوله ﷺ، الذي بلغه بدوره إلى الأمة دون تحريف أو تبديل[١]. أي أن أمر نسبة النص إلى الله تعالى ثابت ثبوتاً يقينياً. وأما عن قطعية الدلالة، فالثابت استقراراً فقهاً وأصولاً، أن نصوص الكتاب الحكيم إنما يتم تصنيفها ما بين نصوص قطعية الدلالة وأخرى ظنية الدلالة. والنص القطعي الدلالة إنما هو ما جاء بمعنى متعين فهمه دون سواه فلا يحتمل تأويلاً ولا ينظر فيه إلى ترادف، كما لا ينظر فيه إلى حقيقة أو مجاز، وذلك كون المعنى المقصود واضحاً بذاته متعيناً دون غيره، كقول الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٢]. الآية قاطعة في بيان فرض الزوج في هذه الحال، لكون النصف لا يعني ولا يمكن أن يفيد، غير النصف، فالدلالة هنا قطعية على المعنى المقصود[٢]. أما النص الظني الدلالة، فهو ما جاء بمعنى يحتمل هو وغيره، وبتطرق

---

(١) الشيخ عبد الوهاب خلاف ـ علم أصول الفقه ـ الطبعة الثالثة ـ ١٣٦٦هـ، ١٩٤٧م ـ مطبعة النصر شارع فاروق ـ ص٣٢.

(٢) الدكتور محمد كمال إمام ـ أصول الفقه الإسلامي ـ الطبعة الأولى ـ ١٤١٦هـ، ١٩٩٦م ـ المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ـ ص١٤٧.

الاحتمال إلى الفهم تكون الدلالة ظنية، كقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٨]. لفظ قرء يحتمل أكثر من معنى، فقد يكون الطهر وقد يكون الحيض، ولهذا الاختلاف في المعنى أثره على الأحكام الفقهية الفرعية، لذا ولمثل هذا التعدد في المفهوم لفظاً من النص، ولاحتماله أكثر من معنى، تكون الدلالة ظنية(١).

ولا يعنينا في هذا المقام بهذه الجزئية، سوى الصنف الأول من النصوص، أي النصوص قطعية الدلالة.

١٦٨/١ ـ يتبين من هذا المثال أن النصوص القرآنية وهي دائرة ما بين قطعي الثبوت والدلالة، وقطعي الثبوت ظني الدلالة. إنما يقطع يقيناً بكون الصنف الأول منها مما يتشكل منه إطار «القطعيات»، ذاك الذي يمثل الإطار المرجعي الأعلى، بموجب قطعية ثبوت نسبة تلك النصوص لله تعالى، وقطعية فهمنا لمقصود المولى ﷻ منها. هذا الصنف من النصوص يدخل هذا الإطار المرجعي، أياً ما تكون طبيعة أحكامه وأياً ما يكون موضوعها. فلا فارق في هذا الخصوص، بين نص يحمل أحكاماً عقدية، وآخر يقرر أحكاماً خلقية، وثالث يشرع أحكاماً عملية.

١٦٩ ـ **الأحكام العقدية**: تعد النصوص القرآنية القطعية ـ ثبوتاً ودلالة ـ، التي تنطوي على أحكام عقدية خاصة بأصول الاعتقاد الإسلامي، من مرتكزات الإطار المرجعي الأعلى، كقول الله تعالى: ﴿ءَامَنَ ٱلرَّسُولُ بِمَآ أُنزِلَ إِلَيْهِ مِن رَّبِّهِۦ وَٱلْمُؤْمِنُونَ ۚ كُلٌّ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَكُتُبِهِۦ وَرُسُلِهِۦ لَا نُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِّن رُّسُلِهِۦ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٥]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا ٱلذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُۥ لَحَٰفِظُونَ ۝٩﴾ [الحجر]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّهُۥ لَقُرْءَانٌ كَرِيمٌ ۝٧٧ فِى كِتَٰبٍ مَّكْنُونٍ ۝٧٨ لَّا يَمَسُّهُۥٓ إِلَّا ٱلْمُطَهَّرُونَ ۝٧٩ تَنزِيلٌ مِّن رَّبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ ۝٨٠﴾ [الواقعة]، وقوله تعالى: ﴿لَمْ يَكُنِ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْمُشْرِكِينَ مُنفَكِّينَ حَتَّىٰ تَأْتِيَهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ ۝١ رَسُولٌ مِّنَ ٱللَّهِ يَتْلُوا۟ صُحُفًا مُّطَهَّرَةً ۝٢ فِيهَا كُتُبٌ قَيِّمَةٌ ۝٣ وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ إِلَّا مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَتْهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ ۝٤ وَمَآ أُمِرُوٓا۟ إِلَّا لِيَعْبُدُوا۟ ٱللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ ٱلدِّينَ حُنَفَآءَ وَيُقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَيُؤْتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ ۚ وَذَٰلِكَ دِينُ ٱلْقَيِّمَةِ ۝٥﴾ [البينة]. فهذه الآيات ـ ونظائرها ـ بما تنطوي عليه من تقرير بوجوب التسليم بالإيمان بالله تعالى وتعيين لفروع هذا الإيمان، إنما تدخل الإطار المرجعي الأعلى، بحكم قطعيتها الدلالية، فضلاً عن الثبوتية، مما تعد معه قيداً لكل تفكير تشريعي مما ليس معه سبيل للفكاك منه. إذ ليس بمتصور في أي تقنين إسلامي، احتمال نظامه لنصوص يمكن أن تنطوي على تشكيك فيما تقدم أو انتقاص من اكتماله أو حتى مجادلة في دلالته، كما لا يحتمل هذا النظام أي تصرف أو فعل شرعي أو مادي، يكون فيه تطاول على هذه الدلالات

(١) الدكتور محمد كمال الدين إمام ـ المرجع السابق ـ ص١٤٧.

العقدية الكلية، بحيث إنه إذا ما وجد مثل هذا الفعل أو التصرف، بطل، ولزم الجزاء حداً أو تعزيراً وفق طبيعته. يؤكد هذا، قول الله تعالى فيما يمس بأي من الإيمان وفروعه أو إنكار أي منها: ﴿مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلۡكُفۡرِ صَدۡرٗا فَعَلَيۡهِمۡ غَضَبٞ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمۡ عَذَابٌ عَظِيمٞ ١٠٦ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمُ ٱسۡتَحَبُّواْ ٱلۡحَيَوٰةَ ٱلدُّنۡيَا عَلَى ٱلۡأٓخِرَةِ وَأَنَّ ٱللَّهَ لَا يَهۡدِي ٱلۡقَوۡمَ ٱلۡكَٰفِرِينَ ١٠٧﴾ [النحل]، وكذلك قال تعالى: ﴿وَلَا يَزَالُونَ يُقَٰتِلُونَكُمۡ حَتَّىٰ يَرُدُّوكُمۡ عَن دِينِكُمۡ إِنِ ٱسۡتَطَٰعُواْۚ وَمَن يَرۡتَدِدۡ مِنكُمۡ عَن دِينِهِۦ فَيَمُتۡ وَهُوَ كَافِرٞ فَأُوْلَٰٓئِكَ حَبِطَتۡ أَعۡمَٰلُهُمۡ فِي ٱلدُّنۡيَا وَٱلۡأٓخِرَةِۖ وَأُوْلَٰٓئِكَ أَصۡحَٰبُ ٱلنَّارِۖ هُمۡ فِيهَا خَٰلِدُونَ ٢١٧﴾ [البقرة]، فإن الآيات تقرر كفر مقترف هذه الأفعال، أي خيانته لله ورسوله وسائر المسلمين، ولا جدال فيما يمثله ذاك من خيانة للجماعة، التي يحيا بين ظهرانيها، خيانة توجب إنزال أشد الجزاء. فليس ثمة جريمة أشد من خيانة الجماعة والدولة القائمة عليها، الأمر الذي يفيد ارتكاز الإطار المرجعي الأعلى على أصل من هذه الأحكام العقدية، التي تتشكل بها البذرة الأولى لسند اجتماع الجماعة في هذا المجتمع، الذي يتخذ الإسلام ديناً، كما يتخذه عقداً دنيوياً أيضاً.

١٧٠ ـ **الأحكام الخلقية**: وهي تلك النصوص التي تنطوي على أحكام خلقية، كقوله تعالى: ﴿وَقُل لِّلۡمُؤۡمِنَٰتِ يَغۡضُضۡنَ مِنۡ أَبۡصَٰرِهِنَّ وَيَحۡفَظۡنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبۡدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنۡهَاۖ وَلۡيَضۡرِبۡنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّۖ وَلَا يُبۡدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوۡ ءَابَآئِهِنَّ أَوۡ ءَابَآءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوۡ أَبۡنَآئِهِنَّ أَوۡ أَبۡنَآءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوۡ إِخۡوَٰنِهِنَّ أَوۡ بَنِيٓ إِخۡوَٰنِهِنَّ أَوۡ بَنِيٓ أَخَوَٰتِهِنَّ أَوۡ نِسَآئِهِنَّ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُنَّ أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ غَيۡرِ أُوْلِي ٱلۡإِرۡبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ أَوِ ٱلطِّفۡلِ ٱلَّذِينَ لَمۡ يَظۡهَرُواْ عَلَىٰ عَوۡرَٰتِ ٱلنِّسَآءِۖ وَلَا يَضۡرِبۡنَ بِأَرۡجُلِهِنَّ لِيُعۡلَمَ مَا يُخۡفِينَ مِن زِينَتِهِنَّۚ وَتُوبُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَ ٱلۡمُؤۡمِنُونَ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ ٣١﴾ [النور]. فمثل هذه الأحكام إنما تُعد المرجع الشرعي الأعلى لأي تنظيم قانوني ينتظم حال المرأة وعلاقة الرجل بها، فتلتزم نساء هذا المجتمع الاحتشام في الثياب وإلا كان التعزير واجباً. وكذلك هذه الأحكام الخلقية تعد المرجع والبُعد الشرعي للنصوص القانونية التي تعين حدود المحارم والتابعين ممن لا غنى عنهم والذين يرتفع عنهم الحظر المقرر في الاطلاع على النساء، ومن ثم ترفع عنهم التعازير التي تتضمنها النصوص العقابية الخاصة بالاختلاء بالأجنبيات. وكذلك من تلك الأحكام الخلقية قوله تعالى: ﴿وَءَاتِ ذَا ٱلۡقُرۡبَىٰ حَقَّهُۥ وَٱلۡمِسۡكِينَ وَٱبۡنَ ٱلسَّبِيلِ وَلَا تُبَذِّرۡ تَبۡذِيرًا ٢٦ إِنَّ ٱلۡمُبَذِّرِينَ كَانُوٓاْ إِخۡوَٰنَ ٱلشَّيَٰطِينِۖ وَكَانَ ٱلشَّيۡطَٰنُ لِرَبِّهِۦ كَفُورٗا ٢٧﴾ [الإسراء]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَوۡلَٰدَكُمۡ خَشۡيَةَ إِمۡلَٰقٖۖ نَّحۡنُ نَرۡزُقُهُمۡ وَإِيَّاكُمۡۚ إِنَّ قَتۡلَهُمۡ كَانَ خِطۡـٔٗا كَبِيرٗا ٣١﴾ [الإسراء]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقۡرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةٗ وَسَآءَ سَبِيلٗا ٣٢﴾ [الإسراء]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقۡتُلُواْ ٱلنَّفۡسَ ٱلَّتِي حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا

بِٱلۡحَقِّۗ وَمَن قُتِلَ مَظۡلُومٗا فَقَدۡ جَعَلۡنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلۡطَٰنٗا فَلَا يُسۡرِف فِّي ٱلۡقَتۡلِۖ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورٗا ﴿٣٣﴾﴾ [الإسرَاء]، وقوله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ ٱلۡكَيۡلَ إِذَا كِلۡتُمۡ وَزِنُواْ بِٱلۡقِسۡطَاسِ ٱلۡمُسۡتَقِيمِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلٗا ﴿٣٥﴾﴾ [الإسرَاء]، فهذه جميعها أحكام خلقية بالأساس، تحث على عدم العدوان على الغير، وتضع في الوقت ذاته تنظيماً كلياً للمحرمات، فالنفس حرم والفرج حرم ومال الغير حرم، ومن هنا كنا بصدد إطار مرجعي يخرِّج على القواعد الأخلاقية واجبات قانونية تقرر منع العدوان وتحدد المحرمات، وتضع ـ مع غيرها من نصوص الحدود الأخرى ـ الجزاء القانوني الشرعي على مثل تلك الأفعال.

١٧١ ـ **الأحكام العملية والعبادات**: وهي النصوص التي تنتظم نوعين من الأحكام، أحكام العبادات، وأحكام المعاملات. أما النوع الأول فهو أحكام العبادات، كالصلاة والصوم والزكاة والحج والنذر واليمين، من مثل قوله تعالى: ﴿يَسۡـَٔلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَۖ قُلۡ مَآ أَنفَقۡتُم مِّنۡ خَيۡرٖ فَلِلۡوَٰلِدَيۡنِ وَٱلۡأَقۡرَبِينَ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِۗ وَمَا تَفۡعَلُواْ مِنۡ خَيۡرٖ فَإِنَّ ٱللَّهَ بِهِۦ عَلِيمٞ ﴿٢١٥﴾﴾ [البَقَرَة]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡعَٰمِلِينَ عَلَيۡهَا وَٱلۡمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمۡ وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلۡغَٰرِمِينَ وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِۖ فَرِيضَةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٞ ﴿٦٠﴾﴾ [التّوبَة]. فهي جميعها أحكام قطعية الدلالة في تعيين مصارف الصدقات ومستحقيها، وكذلك قوله تعالى: ﴿شَهۡرُ رَمَضَانَ ٱلَّذِيٓ أُنزِلَ فِيهِ ٱلۡقُرۡءَانُ هُدٗى لِّلنَّاسِ وَبَيِّنَٰتٖ مِّنَ ٱلۡهُدَىٰ وَٱلۡفُرۡقَانِۚ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُۖ وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوۡ عَلَىٰ سَفَرٖ فَعِدَّةٞ مِّنۡ أَيَّامٍ أُخَرَۗ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلۡيُسۡرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلۡعُسۡرَ وَلِتُكۡمِلُواْ ٱلۡعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُواْ ٱللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَىٰكُمۡ وَلَعَلَّكُمۡ تَشۡكُرُونَ ﴿١٨٥﴾﴾ [البَقَرَة]. تلك أحكام قطعية تفصل العزائم من الرخص في فرض الصوم بشهر رمضان فتوجب الصوم على من يشهد الشهر قادراً، وترخص بعذر عند المشقة المتحققة في أحوال المرض أو السفر، فيكون لها مردها القانوني عند تعين الحاجة، كتعزير فاطر نهار رمضان دون عذر.

١٧٢ ـ **المعاملات**: أما النوع الثاني فهو أحكام المعاملات، كالعقود والتصرفات والعقوبات والجنايات، مما يقصد بها تنظيم علاقة المكلفين بعضهم ببعض، سواء أكانوا أفراداً أم جماعات، وهي الأحكام التي تعد بالمعيار القانوني المعاصر أحكاماً قانونية. ينقسم هذا النوع من الأحكام حسب طبيعتها إلى:

١/١٧٢ ـ **أحكام الأحوال الشخصية**: التي تتعلق بالأسرة منذ بدء تكونها وحتى انفصام عراها، بالموت أو الطلاق، كقوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ﴿٤﴾﴾ [النِّساء]، تبياناً وعلى نحو قاطع لوجوب الصداق والمهر. وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةٗ وَمَقۡتٗا وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٢٢﴾﴾ [النِّساء]، أحكام قاطعة في تعيين

المحرمات من النساء. وقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٢٢٩﴾﴾ [البَقَرَة]، أحكام في بيان مرات الطلاق التي تحرم بعدها المطلقة على مطلقها، حيث لا يكون له مراجعتها، وهي قطعية الدلالة لعدم احتمالها سوى المعنى المتبادر من اللفظ. وأخيراً وفي هذه الجزئية، أحكام المواريث كافة، وهي قطعية إطلاقاً باتفاق الفقه إجماعاً، كقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾، قاعدة للتوارث بين العصبات. وقوله تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءٗ فَوۡقَ ٱثۡنَتَيۡنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَۖ﴾، ﴿وَإِن كَانَتۡ وَٰحِدَةٗ فَلَهَا ٱلنِّصۡفُۚ﴾، و﴿وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٞۚ﴾، ﴿فَإِن لَّمۡ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٞ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ﴾ [النِّساء: ١١]، وجميعها قواعد قطعية في توريث ذوي الفروض.

١٧٢/٢ ـ الأحكام المدنية: المتعلقة بمعاملات الأفراد ومبادلاتهم، من بيع وإجارة ورهن وكفالة وشراكة ومداينة ووفاء بالالتزام، تلك المنتظمة علاقات الأفراد المالية وحفظ حقوق ذوي الحقوق، وآياتها بالقرآن الكريم سبعون آية. مثل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المَائدة: ١]، في بيان وجوب تنفيذ الاتفاقات والعقود. وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النِّساء: ٢٩]، في بيان حرمة الغبن والغش والتدليس وصور التغرير في العقود كافة. وقد كانت هذه الآيات وأمثالها مصدراً للعديد من الأحكام الفقهية التي تنتظم شأن المعاملات في الشريعة الإسلامية. وكذلك قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤۡمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾﴾ [البَقَرَة] وقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ﴾ [البَقَرَة: ٢٧٥] وقوله تعالى: ﴿يَمۡحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰاْ وَيُرۡبِي ٱلصَّدَقَٰتِۗ﴾ [البَقَرَة: ٢٧٦]، وجميعها في مقام النهي القطعي عن الربا، وفصل حكمها عن حال البيع الحلال شرعاً.

١٧٢/٣ ـ الأحكام الجنائية: وهي تلك المتعلقة بما يصدر عن المكلف من جرائم وما يستحقه عليها من عقوبات قصداً لحفظ حياة الناس وأموالهم وأعراضهم وحقوقهم، فضلاً عن تعيين حدود علاقة المجني عليه بالجاني وبالأمة. مثال ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلٗا مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٞ ﴿٣٨﴾﴾ [المَائدة]، في بيان حد السرقة. وقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖۖ وَلَا تَأۡخُذۡكُم بِهِمَا رَأۡفَةٞ فِي دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۖ وَلۡيَشۡهَدۡ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٞ مِّنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ﴿٢﴾﴾ [النور]، في بيان حد الزنا وكيفية إيقاع الحد. وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ رِجۡسٞ مِّنۡ عَمَلِ ٱلشَّيۡطَٰنِ فَٱجۡتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ ﴿٩٠﴾﴾

[المَائدة][1]، في بيان حرمة الخمر والميسر والنهي القطعي عنهما. وقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَـٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ ٱللَّهِ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿٩٢﴾﴾ [النِّساء]، في بيان جزاء القتل الخطأ وتنظيماً لعلاقة الجاني بأهل المجني عليه. وقوله تعالى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَـٰلِدًا فِيهَا وَغَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُۥ وَأَعَدَّ لَهُۥ عَذَابًا عَظِيمًا ﴿٩٣﴾﴾ [النِّساء]، وقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَـٰنٍ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿١٧٨﴾﴾ [البَقَرَة]، في بيان حكم تحريم القتل العمد وجزائه الأخروي ثم الدنيوي مع تقرير جواز العفو عن القاتل وأحكام هذا العفو.

١٧٢/ ٤ ـ أحكام المرافعات: وهي تلك المتعلقة بالقضاء والشهادة واليمين، قصداً لتنظيم إجراءات تحقيق العدل بين الناس. يقول الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌۢ بِٱلْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ ٱللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْـًٔا فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟ وَلَا تَسْـَٔمُوٓا۟ أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَـٰدَةِ وَأَدْنَىٰٓ أَلَّا تَرْتَابُوٓا۟ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوٓا۟ إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِن تَفْعَلُوا۟ فَإِنَّهُۥ فُسُوقٌۢ بِكُمْ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ ٱللَّهُ وَٱللَّهُ بِكُلِّ شَىْءٍ عَلِيمٌ ﴿٢٨٢﴾﴾ [البَقَرَة]، وقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا۟ كَاتِبًا فَرِهَـٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَـٰنَتَهُۥ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴿٢٨٣﴾﴾ [البَقَرَة]. الأمر الذي يتبين منه على نحو قطعي الدلالة، وجوب اكتمال أهلية المتعاقدين واختيارهم، هم أو من ينوب عن الضعيف منهم، ووجوب وصف وبيان محل العقد بما ينفي الجهالة، وكذلك الشروط الإضافية كبيان أجل الاستحقاق. كما أوضحت هذه الآيات طرق الإثبات، فقررت الإقرار بالكتابة والدليل بالبينة والتذكير بأداء الشهادة، كما قررت كفالة الوفاء بالرهان المقبوضة.

---

(١) وقد قررت السنة النبوية المشرفة وإجماع الصحابة رضوان الله عليهم عقوبة شرب الخمر فتقرر عقابها تعزيراً قياساً على حد القذف بوجوب إيقاع ثمانين جلدة، كما سيلي لاحقاً.

١٧٢/ ٥ ـ **الأحكام الدستورية**: وهي تلك المتعلقة بنظام الحكم وأصوله، قصداً لتحديد علاقة الحاكم بالمحكوم وتقرير ما للأفراد والجماعات من حقوق[1].

يقول الله تعالى: ﴿فَبِمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللَّهِ لِنتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [آل عِمرَان: ١٥٩]، كما يقول تعالى: ﴿وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنفِقُونَ ﴿٣٨﴾﴾ [الشورى]، فالآية الأولى بالغة الدلالة في وجوب الأخذ بالشورى، إذ أنها نزلت في أعقاب هزيمة المسلمين بغزوة أحد، وهي الهزيمة التي ما كانت لتكون ـ بأمر الله ـ لو لم ينزل الرسول ﷺ على مشورة صحابته في الخروج لملاقاة المشركين، إلا أنه برغم ذلك استمر تأكيد الله على رسوله ﷺ بوجوب لزوم الشورى في كل ما يحتاج إليها، «والنص بهذه الصورة وفي هذه الظروف نص قاطع لا يدع مجالاً للشك في أن الشورى مبدأ أساس من مبادئ النظام السياسي الإسلامي وقيمة عليا يجب على الأمة المسلمة أن تتمسك بها دائماً وتحت جميع الظروف»[2]. أما الآية الأخرى، فتفيد أن الشورى من خصائص الإسلام التي يجب أن يتحلى بها المؤمنون، سواء أكانوا جماعة لم تقم عليهم دولة بعد، أم كانوا جماعة تأسست لهم دولتهم بالفعل[3]. وكذلك من الآيات القطعية في هذا الشأن، قوله ﷻ: ﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴿١٠٤﴾﴾ [آل عِمرَان]، حيث يستدل العلماء منها على تأكيد وجوب الشورى، ذاك أن الله تعالى ضمن توافر الشورى بأن استحدث آلية لرقابة الحكام في أمر التزاماتهم بالشورى، لما في نكول الحاكم عنها من تعين فرض على المحكومين بالانتصاب للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، داعين الحكام إلى التزام جادة الصواب في هذا الخصوص ودرء ما لحق عملهم من مفاسد، بالعمل في الأمة على ترك المنكر والتزام المعروف[4]. يدخل في أحكام هذه الطائفة من الأحكام، قوله تعالى في معرض بيان التزام العدل: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النِّساء: ٥٨]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ [المَائدة: ٨]، وكذا قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [النِّساء: ١٣٥]. وتلك جميعها آيات تتضمن توكيداً، من بعد توكيد، على المكانة العظمى التي

---

(١) والحق أن غالب الأحكام الفقهية في خاصة هذا الشأن تجد أدلتها من السنة النبوية وإجماع الصحابة والاجتهاد المعتبر حيث تتعين آيات الله تعالى محكمة كليات ضابطة ابتداء وهادية انتهاء للأدلة المتقدمة التي تُعد تفصيلاً للآيات.

(٢) الدكتور محمد سليم العوَّا ـ في النظام السياسي للدولة الإسلامية ـ المرجع السابق ـ ص١٩٢.

(٣) ذات المرجع السابق ـ ص١٩٢.

(٤) ذات المرجع السابق ـ ص١٩٣.

بلغ «العدل» شأوها في النظر الإسلامي، فالأمر بالعدل لم يكن يقتصر على حدود القضاء فحسب، ولم يكن يتعداه إلى ما هو بين المؤمنين من علاقات فحسب، بل امتد إلى ما هو قائم من علائق بين المسلمين وأعدائهم أيضا، بل وفاق هذا أو ذاك فلم يقتصر الأمر بالعدل على حدود الفعل والحكم، وانما تعداه إلى العدل في القول أيضا، يقول تعالى: ﴿وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَٰلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ [الأنعام][1]. وكذلك من الأحكام القطعية بالغة الأهمية في السياق، حق الجماعة في محاسبة الحكام، وهو المستدل عليه قطعياً بقوله تعالى: ﴿فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ﴾ [صٓ]، وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا تَوَلَّىٰ سَعَىٰ فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفَسَادَ ﴿٢٠٥﴾﴾ [البقرة]، «فمن يأتي من الحكام فعلاً يعتبر فساداً في الأرض أو اتباعاً للهوى، يجب على الأمة أن تأمره بالكف عن مثل هذه الأفعال، وإلا كانت مقصرة في واجبها في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وإن لم يستجب وجب عليها أن تحاسبه في ذلك وتسأله عنه»[2][3].

١٧٢/٦ ـ الأحكام الدولية: وهى تلك التي انتظمت أمور معاملات الدولة الإسلامية وغيرها من الدول، ومعاملة غير المسلمين القائمين بالدولة الإسلامية، وذلك في أوقات السلم والحرب، يقول الله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴿٢٩﴾﴾ [التوبة]، ويقول تعالى: ﴿إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِندَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ ذَٰلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ فَلَا تَظْلِمُوا فِيهِنَّ أَنفُسَكُمْ وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً كَمَا يُقَاتِلُونَكُمْ كَافَّةً وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ ﴿٣٦﴾﴾ [التوبة]، ويقول تعالى: ﴿وَلَا تَهِنُوا وَلَا تَحْزَنُوا وَأَنتُمُ الْأَعْلَوْنَ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ﴿١٣٩﴾ إِن يَمْسَسْكُمْ قَرْحٌ فَقَدْ مَسَّ الْقَوْمَ قَرْحٌ مِّثْلُهُ وَتِلْكَ الْأَيَّامُ نُدَاوِلُهَا بَيْنَ النَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا وَيَتَّخِذَ مِنكُمْ شُهَدَاءَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ ﴿١٤٠﴾﴾ [آل عمران]، ويقول تعالى كذلك: ﴿إِلَّا الَّذِينَ يَصِلُونَ إِلَىٰ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ أَوْ جَاءُوكُمْ حَصِرَتْ صُدُورُهُمْ أَن يُقَاتِلُوكُمْ أَوْ يُقَاتِلُوا قَوْمَهُمْ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَسَلَّطَهُمْ عَلَيْكُمْ فَلَقَاتَلُوكُمْ فَإِنِ اعْتَزَلُوكُمْ فَلَمْ يُقَاتِلُوكُمْ وَأَلْقَوْا إِلَيْكُمُ السَّلَمَ فَمَا جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلًا ﴿٩٠﴾﴾ [النساء]، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَّا يَعْلَمُونَ ﴿٦﴾﴾ [التوبة]، وقوله تعالى: ﴿لَّا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ

---

(١) انظر الدكتور محمد سليم العوّا ـ المرجع السابق ـ ص٢١٦.

(٢) الدكتور محمد سليم العوّا ـ المرجع السابق ـ ص٢٤٩.

(٣) وهذا الأمر تحديداً مما يتدخل فيه المعياران الآخران لإضفاء قطعية دلالية عليه كما يبين لاحقاً.

وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓا۟ إِلَيْهِمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ﴿٨﴾» [المُمتحنة]، وقوله تعالى: «وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا ۖ فَإِنۢ بَغَتْ إِحْدَىٰهُمَا عَلَى ٱلْأُخْرَىٰ فَقَٰتِلُوا۟ ٱلَّتِى تَبْغِى حَتَّىٰ تَفِىٓءَ إِلَىٰٓ أَمْرِ ٱللَّهِ ۚ فَإِن فَآءَتْ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا بِٱلْعَدْلِ وَأَقْسِطُوٓا۟ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ﴿٩﴾ إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴿١٠﴾» [الحجرات]، وكذا قوله تعالى: «مَا كَانَ لِنَبِىٍّ أَن يَكُونَ لَهُۥٓ أَسْرَىٰ حَتَّىٰ يُثْخِنَ فِى ٱلْأَرْضِ ۚ تُرِيدُونَ عَرَضَ ٱلدُّنْيَا وَٱللَّهُ يُرِيدُ ٱلْءَاخِرَةَ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٦٧﴾» [الأنفال]، وقوله تعالى: «فَإِذَا لَقِيتُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ فَضَرْبَ ٱلرِّقَابِ حَتَّىٰٓ إِذَآ أَثْخَنتُمُوهُمْ فَشُدُّوا۟ ٱلْوَثَاقَ فَإِمَّا مَنًّۢا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً حَتَّىٰ تَضَعَ ٱلْحَرْبُ أَوْزَارَهَا ۚ» [محمَّد: ٤]. تلك جميعها أحكام قطعية، قررها الله تعالى لتكون المرجع في ضبط العلاقات بين الدول الإسلامية وبينها وبين غيرها من الدول غير المسلمة، وذلك إبان الحرب وإبان السلم، وكذا علاقة الدولة المسلمة بغير المسلمين قاطني أراضيها، وكذا علاقتها بأسرى حربها مع الدولة غير المسلمة.

١٧٣ ـ **خلاصة**: وبعد فقد كانت تلك محاولة، لمقاربة القطعيات النصية بالقرآن الكريم، أي النصوص قطعية الثبوت والدلالة به، في محاولة تصنيفية لها، حيث تبين لنا من الدراسة السابقة أن القطعيات النصية بالكتاب الحكيم، إنما تتوزع على ثلاث مجموعات أساسية، تتكون المجموعة الأولى من القطعيات العقدية، حال تتكون المجموعة الثانية من القطعيات الخلقية، لتتكون المجموعة الثالثة من قطعيات نصوص أحكام المعاملات، من أحكام أحوال شخصية وأحكام مدنية وأحكام جنائية وأحكام مرافعات وأحكام دستورية وأحكام دولية.

١٧٤ ـ **ثانياً: نصوص السنة النبوية**: تتبوأ السنة النبوية المشرفة، المرتبة الثانية بعد القرآن الكريم، في مصادر الشريعة الإسلامية. والمعني بها كل ما روي عن رسول الله ﷺ من قول أو فعل أو تقرير. فالسنة القولية هي أحاديثه التي قالها في مختلف الأغراض والمناسبات كقوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)، وقوله ﷺ: (في السائمة زكاة)، وقوله ﷺ عن البحر: (هو الطهور ماؤه الحل ميتته). أما السنة الفعلية فهي أفعاله ﷺ، كأدائه الصلوات الخمس بهيئتها وأركانها، وأدائه مناسك الحج، وقضائه بشاهد واحد، ويمين المدعي. وأخيراً فالسنة التقريرية، هي ما أقره الرسول ﷺ مما صدر عن بعض أصحابه من أقوال وأفعال، بسكوته وعدم إنكاره إياها أو بموافقته وإظهار استحسانه لها، فتعتبر بهذا الإقرار أو الموافقة صادرة عن الرسول ﷺ، كحادثة الصحابيين اللذين خرجا في سفر فحضرتهما الصلاة ولم يجدا ماء، فتيمما وصليا، ثم كان أن وجدا الماء في الوقت، فأعاد أحدهما صلاته ولم يعدها الآخر، فلما قصّا أمرهما على الرسول ﷺ، أقر كلاً منهما على ما فعل، وقال للذي لم يُعدها: (أصبت السنة وأجزأتك صلاتك) وقال للذي أعادها: (لك الأجر مرتين).

١٧٤/١ ـ السنة حجة على الكافة: والسنة النبوية من حيث الأصل، حجة على كافة المسلمين واجبة الاتباع، وهذا ما أجمع عليه المسلمون. فما صدر عن النبي ﷺ من قول أو فعل أو تقرير، مقصوداً به التشريع والاقتداء، وحصل أن نقل إلينا بسند صحيح يفيد القطع أو الظن الراجح بصدقه، إنما هو حجة إطلاقاً ومصدر للتشريع دون خلاف. ويثور البحث في شأن السنة في مدى صحة ثبوت المروي إلى الرسول، ذلك أن السنة النبوية تنقسم إلى سنة متواترة وسنة آحاد، وثمة من الفقه (الأحناف) من زاد عليهما قسم المشهور. فلئن كانت أحكام القرآن الكريم جميعها، قطعية الثبوت أي مقطوع يقيناً بصحة ورودها عن الله تعالى بواسطة الرسول ﷺ، على ما تقدم آنفاً، فإن سنن الرسول ﷺ ليست جميعها مقطوعاً بثبوتها عنه بل قليلها قطعي الثبوت وكثيرها ظنية.

١٧٤/٢ ـ معنى المتواتر: السنة المتواترة هي ما صدرت عن الرسول ﷺ، ورواه عنه جمع، يمتنع عادة تواطؤهم على الكذب، لكثرتهم وأمانتهم واختلاف وجهاتهم وبيئاتهم، ورواه عن هذا الجمع جمع مثله يؤمن اتفاقهم أيضا على الكذب، وهكذا يروي من أول السند إلى منتهاه[1]. ومن هذا القسم، السنن الفعلية كأداء الصلوات والحج والآذان وغير ذلك من شعائر الدين التي تلقاها المسلمون عن الرسول بالمشاهدة أو السماع بينما ندر أن توجد سنن قولية تكون متواترة[2]. وفي هذا الخصوص يذهب جانب من الفقه، إلى أن السنن القولية المتواترة ـ على قلتها ـ نوعان، المتواترة لفظاً وهي الأحاديث التي اتفق رواتها على نقلها بألفاظها ومعانيها وهي قليلة جداً، والمتواترة معنى وهي الأحاديث التي اختلف الرواة في ألفاظها واتفقوا في معانيها، فرغم اختلاف الألفاظ؛ المضمون واحد، ومثاله حديث رسول الله ﷺ: (إنما الأعمال بالنيات)، وحديث رفع اليدين في الدعاء. حيث يذهب هذا الفقه إلى اعتبار تلك السنن المتواترة معنىً سنناً متواترة كالسنن الفعلية[3].

١٧٤/٣ ـ معنى سنة الآحاد والسنة المشهورة: أما سنة الآحاد، وهي القسم الآخر من قسمي السنة النبوية عند الجمهور، والقسم الثالث منها عند الأحناف، فهي ما رواها عن الرسول ﷺ آحاد؛ فرداً أو عدد يدخل في الآحاد لم يبلغ عددهم حد التواتر، ورواها عن هذا الراوي مثله، وهكذا إلى أن وصلت إلينا، بسند طبقاته آحاد لا جموع التواتر. وهذا القسم يجمع أكثر الأحاديث التي بكتب السنة النبوية. وعند الأحناف يتوسط هذين القسمين، قسم ثالث هو السنة المشهورة، تلك الأحاديث التي يكون راويها الأول فرداً أو عدداً يدخل في الآحاد، أي رواها عن الرسول صحابي أو اثنين

---

(١) الدكتور محمد كمال الدين إمام ـ أصول الفقه الإسلامي ـ المرجع السابق ـ ص١٥٧.

(٢) الشيخ عبد الوهاب خلاف ـ علم أصول الفقه ـ المرجع السابق ـ ص٤٠.

(٣) الدكتور محمد كمال الدين إمام ـ المرجع السابق ـ ص١٥٧.

أو جمع لا يبلغ حد التواتر، ولكن وبعد هذه الطبقة الأولى حدث التواتر، حيث رواها عن هذا الراوي أو الرواة، جمع عن جمع يبلغ حد التواتر[١].

٤/١٧٤ ـ وبعد فهذه هي أقسام السنة النبوية المشرفة، آثرنا العرض لها بداية، كونها ليست جميعها من ذات الحكم من وجهة قطعية الثبوت. ذلك أن القسم المتواتر من هذه السنة هو، إجماعاً، يُعد قطعي الثبوت في نسبته إلى النبي ﷺ، بينما لا تُعد كذلك سنة الآحاد التي هي ظنية الثبوت، وعند الأحناف تلحق السنة المشهورة بالسنة المتواترة من جهة قطعية ثبوتها. وأمر قطعية الثبوت من هذه الوجهة له أثره الهام في دلالاتها، إذ أن السنة قطعية الثبوت تفيد العلم الضروري، فلا يُحتاج معها إلى بحث واجتهاد، كما أن منكرها يخرج عن الملة، كون منكر القطعي كافر، ومن ثم فمنكر السنة المتواترة يكفر بدوره. وعليه ومما تقدم، يبين أن السنة المتواترة، هي يقيناً قطعية الثبوت. فإذا ما كان منها ما هو قطعي الدلالة ـ بل إن غالبها كذلك ـ، أمكنها هذا من حجز موقعها بين القطعيات التي تشغل الإطار المرجعي الأعلى، لتنضم بالتالي إلى النصوص قطعية الثبوت والدلالة بالقرآن الكريم، فيشكلان جزءاً مهماً من أجزاء ذلك الإطار.

١٧٥ ـ ثالثاً: الإجماع: وهو من أهم المصادر الأصلية للفقه الإسلامي، حيث يحتل المرتبة الثالثة بعد القرآن والسنة في هذا المجال، ويُعرف اصطلاحاً بأنه «اتفاق مجتهدي أمة محمد ﷺ بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي اجتهادي»[٢]. لذا يتعين لتحققه اتفاق مجتهدي الأمة كافة على الأمر، ومن ثم فليس بإجماع اتفاق بعضهم. ويكفيه اتفاق مجتهدي الأمة جميعهم في عصر من العصور، فليس بشرط اتفاق المجتهدين في جميع العصور لاستحالته المادية. ويشترط فيه أن يرد هذا الإجماع على مسألة اجتهادية، كون القطعي من النصوص وعلى ما تقدم ـ أي قطعيات القرآن الكريم والسنة النبوية المشرفة ـ ليست مجالاً للاجتهاد[٣].

١/١٧٥ ـ الإجماع حجة على الكافة: والإجماع المعتبر على هذا النحو حجة على المسلمين كافة، وآية ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعۡدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلۡهُدَىٰ وَيَتَّبِعۡ غَيۡرَ سَبِيلِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصۡلِهِۦ جَهَنَّمَۖ وَسَآءَتۡ مَصِيرًا ١١٥﴾ [النساء]. ومن ثم وقد توعد الله من يتبع غير سبيل المؤمنين بدخول جهنم، فإن هذا الوعيد الشديد إنما يرد على مخالفة اتفاق المجتهدين من المؤمنين، باعتبار سبيل المؤمنين هو الحق واجب

---

(١) الدكتور محمد كمال الدين إمام ـ المرجع السابق ـ ص١٥٩.

(٢) الشيخ محمد مصطفى شلبي ـ أصول الفقه الإسلامي ـ الجزء الأول ـ دار النهضة العربية ـ بيروت، لبنان ـ طبعة ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م ـ ص١٥١.

(٣) الدكتور محمد كمال الدين إمام ـ المرجع السابق ـ ص١٦٥.

الاتباع[1]. وكذا قول الرسول ﷺ: (لا تجتمع أمتي على ضلالة) وقوله ﷺ: (يد الله مع الجماعة ومن شذ شذ في النار). فهذه جميعها أحاديث إن كان كل منها في ذاته خبر آحاد، إلا أنها تشكل فيما بينها كلاً يُعد متواتر المعنى، يفيد القطع بحجية الإجماع، بناء على ما هو ثابت من عصمة الأمة ـ الجماعة ـ[2].

١٧٥/٢ ـ أمثلة لأحكام مصدرها الإجماع: ومن أمثلة الأحكام التي تجد مصدرها الشرعي في الإجماع، توريث الجدة السدس، واشتراك الجدات إن كن أكثر من واحدة في هذا السدس، وعدم جواز زواج غير المسلم من المسلمة، وعدم جواز تزوج الأخت في عدة أختها، وحرمة شحوم الخنزير، وحرمة الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، وزيادة الأذان يوم الجمعة، وجمع المصحف على عهد أبي بكر وتوحيده في زمن عثمان، ومقاتلة مانعي الزكاة على عهد أبي بكر، وحرمة الربا في الأصناف الستة التي جاء بها الحديث الشريف، إذ برغم كونه خبر آحاد فقد صار إلى الحكم القطعي بالإجماع. فهذه جميعها أحكام أُجمع عليها على عهد الصحابة رضوان الله عليهم، مستندة بالأساس إلى الكتاب أو السنة أو المصلحة، ومرفوع أمر حجيتها من الظنية إلى القطعية، بتلقي الصحابة لها إجماعاً، وعدم مخالفة أحد ممن جاء من بعدهم لها، واستمرار المسلمين على العمل بها حتى وقتنا هذا[3].

* * * *

١٧٦ ـ مكانة النصوص القطعية: وبعد فتلك هي القطعيات، التي تجد مصدرها مباشرة من النصوص، القائمة بالأدلة الشرعية الأصلية في الكتاب الحكيم والسنة النبوية المطهرة والإجماع، حيث يتشكل منها أهم أجزاء الإطار المرجعي الأعلى. هذه القطعيات وبحكم نصيتها، ليس للعقل سبيل لجهد في شأنها، سوى تفهم مقتضى ألفاظ نصوصها وتبين محتوى أحكامها. ومن ثم فليس ثمة من سبيل للمسلم سوى الانصياع لهداها، الأمر الذي ارتقى بهذه القطعيات إلى الدرج الأعلى من مدارج هذا الإطار المرجعي موضع الدراسة، لتكون بمثابة الجوهر الذي تدور حوله أحكام الشريعة الإسلامية إجمالاً، والسياج المحيط الذي تنضبط به وفيه الأحكام الشرعية القانونية تفصيلاً.

وهذه القطعيات النصية هي ما يسميه الفكر الإسلامي المعاصر بثوابت الشريعة الإسلامية التي لا تقبل التغيير ولا التبديل.

بيد أن ذلك ليس مفاده اقتصار الإطار المرجعي ـ أو ثوابت الشريعة الإسلامية ـ على

---

(١) الشيخ مصطفى شلبي ـ المرجع السابق ـ ص١٦٥.

(٢) الدكتور محمد كمال الدين إمام ـ المرجع السابق ـ ص١٦٧.

(٣) الشيخ مصطفى شلبي ـ المرجع السابق ـ ص١٧٥.

تلك القطعيات النصية فحسب، أي انطوائه عليها وحدها، وإنما ثمة ما ينطوي عليه هذا الإطار مما يأخذ حكم القطعي برغم عدم قطعيته النصية. كونه ورغم ارتداده انتهاء إلى النصوص على نحو غير مباشر، حيث يستمد سند شرعته القطعية بالاجتهاد، القائم على الاستقراء الكلي لجملة أحكام الشرع الإسلامي ونصوصه، فمن هذا السبيل أمكن قراءة أمور أفصحت عنها النصوص إجمالاً وأبانها البناء المنطقي المعقول لجوهر الشريعة الإسلامية. تلك الأمور هي ما يمكن الاصطلاح عليه بالكليات التي ترتفع لمصاف القطعيات النصية، لتصير قسيمتها، وبمعنى آخر هي أحكام قطعية بموجب المعنى والمقصد.

المطلب الثاني

الأحكام القطعية (قسيم القطعي)

١٧٧ ـ تمهيد: تبين مما سلف أن من الثوابت ما يستفاد بالاستقراء دون أن تنطوي عليه أحكام ثابتة في نصوص قطعية الثبوت والدلالة، كتلك التي انطوت عليها النصوص ظنية الثبوت بأخبار الآحاد، التي تعاضدت فيما بينها من اشتراك في المعنى والمقصد، لإفادة حكم هو من العسير التغافل عن صيرورته حكماً قطعياً. أو كتلك التي انطوت عليها نصوص قرآنية ظنية الدلالة وجاءت السنة النبوية المطهرة، أو الإجماع المعصوم، مغلباً لها دلالة معينة، صارت بها قطعية بالقرينة المصاحبة. أو كتلك الكليات التي أبانها الاجتهاد المطلق لجملة أحكام الشريعة الإسلامية، الذي يتوصل منه إلى أحكام يكون مقطوعاً الجزم بصحتها ومقصدها، فتصير كليات قطعية على هذا المقتضى. ـ أقول ـ لما ظهر هذا، صار واجباً العرض لهذا النوع من الثوابت، لدراسة كنهها، ومعرفة آليات تبينها منهجياً، ومدى قوة ثبوتها مقارناً بقوة ثبوت القطعيات النصية آنفة البيان.

١٧٨ ـ ضوابط لازمة: تتعين الإشارة إلى عدد من الأمور الضابطة لمسألة قسيم القطعي كونها بمثابة المقدمات لها. فيجدر الانتباه ـ أولاً ـ إلى أننا بصدد نقلة نوعية في غاية الخطورة، إذ ننتقل بهذه الدراسة من النقل إلى العقل، أي من النص إلى الاجتهاد. وهو ما يتداعى على مستوى ما يتوصل إلى قطعيته، فتصير قطعية عقلاً لا نصاً. وهذا دون ريب، أدنى درجة من القطعي النصي، الذي أبانه الشرع بشكل مباشر، جازماً صراحة بلزوم قطعيته. خلافاً للقطعي العقلي موضع الدراسة، الذي هو في النهاية قطعي بالاجتهاد، فالمغايرة في مصدر ثبوت القطعية الدلالية له أثره في قوة تلك القطعية ذاتها، وذلك من وجهة العلو ـ بأدنى تقدير ـ فليس من جدال إزاء علو القطعي النصي على القطعي الاجتهادي، والتزام الآخر بالأول انضباطاً. الأمر الذي يحدو بنا إلى اعتبار القطعي الاجتهادي قسيماً للقطعي النصي، وتسميته كذلك تنزيهاً للقطعيات النصية عن أن يخالطها ما دونها، وإن عُد هذا الأخير من ثوابت الشرع الإسلامي هو الآخر

١٧٨/١ ـ وثانياً: فإن قسيم القطعي وإن أطلقنا عليه مجازاً قطعي عقلي، فهو قطعي في حدود المذهب المجتهد به للتوصل إليه، وليس كما هو حال القطعي النصي الذي تتجاوز قطعيته حدود المذاهب ومناهج الاستدلال. فالقطعية العقلية وبحكم الاجتهاد

فيها، ترتبط وجوداً وعدماً وقوة ودرجة ثبوت بالنهج الاجتهادي المتبع لبلوغها. ومن ثم فهي وإن كانت قطعية، إلا أنها قاصرة في حدود الإطار المنهجي المتبع، أى أن قطعيتها نسبية بحد المذهب المنتهج.

١٧٨/ ٢ ـ **وثالثاً**: فإن دراستنا لقسيم القطعي، سوف تتبلور بالأساس دراسة منهجية حول أساليب تعيين هذه القطعيات العقلية وآليات الاستدلال عليها وكيفية الاجتهاد لبلوغ القصد في معرفتها، لا حول تعيين ذواتها، إذ ذاك خروج عن نطاق بحثنا، المنصب بالأساس على الإطار المرجعي الأعلى للشريعة الإسلامية وللنظم القانوني الشرعي المبني عليها. لذلك، ولما تقدم، فسوف يجري عملنا في هذا الخصوص، نحو استيضاح كيفية تكون الإطار المرجعي، مع عرض نماذج مما اشتمله من مجموعات أحكام، على نحو ما تبعناه منهجياً عند دراسة القطعيات النصية، حيث استقام بحثنا حول مفاد القطعي النصي وكيفية تبينه مع عرض نماذج له.

١٧٩ ـ **الوسائل المنهجية للاستدلال**: المعني بالوسائل المنهجية جملة الأدوات التي تُعد كفيلة بتمكين المجتهد من التعرف على القطعيات العقلية، إما من مفردات جزئيات خطاب الشارع الموزعة على فروع أحكامه، وإما من جملة هذا الخطاب. وعلى هذا النحو يمكن أن نستشف نهجين كليين للاستدلال، أحدهما يتعامل مع فروع الأحكام ومفردات خطاب الشارع، والآخر مع جملة خطابه ﷺ ومجموع أحكامه.

١٨٠ ـ **أولاً: منهج الاستدلال من الفروع**: هذا المنهج يعتمد بالأساس على استقراء قطعيات، من نصوص ظنية بالأساس. هذه النصوص إما ظنية الدلالة أو ظنية الثبوت، حيث تتعاضد فيما بينها تضافراً على نحوٍ معينٍ، فتفيد معنىً معيناً، إفادة قطعية، ليستحيل حينئذ الظني إلى قطعي. وذلك على وجهين.

١٨٠/ ١ ـ أما الوجه الأول فكما إذا ما ورد نص قرآني ظني الدلالة أو سكت الكتاب عن أمر معين، فجاءت السنة النبوية المطهرة لتبيان الأمر، إما بترجيح راجح على مرجوح من الدلالات، أو بإبانة المسكوت عنه. آية ذلك أن كل نص «فيه لفظ مشترك أو لفظ عام أو لفظ مطلق أو نحو هذا يكون ظني الدلالة لأنه يدل على معنى ويحتمل الدلالة على غيره»[1]، كما في قول الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ﴾ [المَائدة: ٣]، فلفظ الميتة عام، بيد أن النص تم تخصيصه بحديث الرسول ﷺ عن البحر: (هو الطهور ماؤه الحل ميتته)، وبذلك يكون النص القرآني قد استحال إلى قطعي الدلالة في تحريم كل ميتة ليست بميتة بحر. وكذلك قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النِّساء: ٢٤] فقد تم تخصيصه بحديث الرسول ﷺ: (يحرم من الرضاع ما

---

(١) الشيخ عبد الوهاب خلاف ـ المرجع السابق ـ ص٣٤.

يحرم من النسب) ووجه الدلالة أن الآية القرآنية وردت عامة، فكانت ظنية الدلالة، حتى انحسم الأمر بحديث الرسول عن المحرم من الرضاع، فصار الزواج حلاً في غير أحوال التحريم المقررة بالآية الكريمة في شأن النسب أو بالحديث الصحيح في شأن الرضاعة، حلاً قطعياً[1]. ومثال لحال سكوت الكتاب عن أمر معين، قوله تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ۖ وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ ۚ﴾ [النِّساء: ١١]، هذه الآية قطعية الدلالة في حكم توريث البنات اللائى يزدن عن اثنتين إذ يستحققن الثلثين، وقطعية الدلالة في حكم توريث البنت الواحدة إذ تستحق النصف، حال بقي أمر توريث البنتين مسكوتاً عنه، أي ذا دلالة ظنية تتأرجح ما بين أخذ حكم نصيب البنت الواحدة وأخذ حكم نصيب ما فوق البنتين، وهنا جاءت السنة النبوية الفعلية المشرفة، لتحسم هذه الظنية، بحكم قاطع في الدلالة، حيث ألحقت البنتين بالبنات فوق الاثنتين، ليصير توريث البنتين بموجب حكم قطعي مقرر لنصاب ثلثي التركة.

١٨٠/ ٢ ـ أما الوجه الآخر، فهو الحال الذي تعضد فيه أخبار آحاد، جملة المبادئ الأساسية التي تأصل عليها النظم الإسلامي، لتحمل معنىً واحداً مفيدة مقصداً مشتركاً، إذ يستحيل هذا التوافق في المضمون، إلى حكم قطعي الدلالة والثبوت يوجب العلم والعمل معاً. ومثال ذلك حديث الرسول ﷺ: (إنما أنا بشر وإنه يأتيني الخصم فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض فأحسب أنه صادق فأقضي له بذلك فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو ليتركها) (أخرجه البخاري)، وكذلك قوله ﷺ: (الولد للفراش وللعاهر الحجر) (أخرجه البخاري). فهذان الحديثان من أخبار الآحاد، التي توجب العمل دون العلم لظنية ثبوتها، إلا أنهما يتعاضدان بقرائن خارجية، فالأول يتقوى بمفهوم العدل الواجب قيامه بين الناس، كما يتقوى بالآيات الكريمة التي تحض على عدم أكل أموال الناس بالباطل. فيصير هذا الخبر بذلك مصدراً لأحكام قطعية عقلاً، تفيد عدم براءة ذمة مغتصب حق غيره ولو كان مؤيداً بحكم قضائي، وعدم إمكان سقوط هذا الحق إطلاقاً، فيصلح حينئذ سبباً لالتزام قضائي، بحيث إذا ما تنازل المغتصب عن هذا الدين الذي تقرر له بحكم قضائي ـ على غير حق ـ جاز تنازله دون أن يُعد هبة، وإن تم التنازل في مرض الموت، جاز دون إعمال لأحكام

---

(١) وقد يرد بأن من الفقه من ذهب إلى أن العام قطعي حتى يتم تخصيصه، وَحينئذ فتندرج القطعية على غير المخصص، وهنا نرد عليه بأننا بصدد قطعيات عقلية قائمة على الاجتهاد، وكل مجتهد ومذهبه الاستدلالي، إذ في خصوص القطعيات العقلية ليس ثمة إجماع في شأنها بين المذاهب كافة كما في القطعيات النصية، وهذا الأمر ما حدا بنا إلى تسمية القطعيات العقلية «قسائم القطعي» كونها في حقيقتها في درجة أدنى من الوجهة القطعية من درجة القطعيات النصية وذلك لان قطعيتها تكون قاصرة على حدود المنهج الاستدلالي المتبع في شأنها.

الوصية. أما الحديث الآخر، فقد عضده حرص الشرع على منع اختلاط الأنساب، وصونه لحقوق الغير ممن لا يد لهم في الفعل الحادث، وهم الأولاد في هذه الحال، لنحصل حكماً قطعياً عقلياً، يكاد يتفق عليه الفقه أجمع، بأن نسبة الولد لا تكون إلا للزوج، وقيام الزوجية قرينة قاطعة على نسبة الولد للزوج باعتباره أباه في النظر الشرعي، مما ليس بمكنة أي زوج دفعه بإثبات خلافه، حتى وإن تمكن من إثبات زنا الزوجة. ففي الحالتين المتقدمين استحالت أخبار الآحاد إلى أحكام قطعية، عدت من ثوابت الشرع التي ليس جائزاً الخروج عليها. وكذلك يجري هذا المجرى ـ ما سبقت الإشارة إليه آنفاً ـ من مجموع من الأحاديث النبوية التي تفيد كلها أن الأعمال بالنيات والعبرة بالمقاصد، وتلك اتجه جانب من الفقه ـ بحكم دلالتها القطعية بينة الوضوح ـ إلى اعتبارها من قبيل المتواترة معنىً عاداً إياها وفق هذا التخريج، قطعية الثبوت والدلالة.

١٨٠/٣ ـ ومن ثم فإن القطعيات العقلية المتوصل إليها بهذا النهج الاستدلالي، إنما تمت بالاستقراء، أي بالاستدلال المحصل لنتيجة هي أكبر من المقدمات التي ساهمت في تكوينها. ففي الوجهين المتقدم الإشارة إليهما، تم الانتقال من الفروع والجزئيات إلى كليات، أي تم اعتماد الاستدلال القائم على التوافق المنطقي بين مقتضى أحكام فرعية، وحصل منه ما أفاده من نتيجة، كونت في ذاتها كلياً شرعياً.

١٨١ ـ **منهج الاستدلال على قسيم القطعي**: هذا النهج الاستدلالي، يتأصل على منهج من مراحل متعددة، يبدأ بمرحلة أولى تتمثل في دراسة مدلولات الألفاظ التي وردت في الكتاب والسنة، بحسب الوضع اللغوي من جهة، والاستعمال الشرعي الذي يقتضيه الاستدلال الفقهي من جهة أخرى. ذاك أن التأكد من الدلالات اللفظية لغوياً وفقهياً، هو نقطة البدء في بحث الأحكام الشرعية، ولو على مستوى التخريج الجزئي لها من النصوص المنطوية عليها، فاللفظ والعبارة هما الوعاء الثقافي الفقهي لعمل المجتهد. ثم تجيء المرحلة الثانية، وفيها يُنتقل إلى البحث عما يعارض الأدلة التي لاحت، للاستفادة من كامل المدلولات اللفظية والفقهية المتوصل إليها ولتحصيل اعتقاد واجب ولازم بسلامة هذه الأدلة وخلوها مما يبطلها، إما بالقضاء عليها كلياً بالإلغاء أو جزئياً بالتقييد أو التخصيص. فإذا ما اعتقد المجتهد سلامة الأدلة من المعارض وثبت توافقها على مفاد معين، عُدت هذه الأدلة كلاً، يمثل في ذاته أحد ثوابت الشرع الإسلامي، باعتباره قطعياً عقلياً. أما إن ثبت معارض لهذه الأدلة، تجري محاولة للتوفيق بين هذه الأدلة ومعارضها، فإن أمكن، كنا بصدد دليل جديد بمفاد جديد، يمثل نقطة ثبات بين الحدين، الحد الأكبر المتمثل في الأدلة المتوافقة القائمة على مفاد مشترك، والحد الأصغر المتمثل في المعارض لها، وعندئذ لا تكون الأدلة ذاتها هي

الكلي الثابت، وإنما يغدو القطعي العقلي ذلك الذي يتضمن ألفاظاً عامة أو مطلقة أو مشتركة، الذي يمثل الحد الأكبر، حيث تأتي النصوص الأخرى المخصصة أو المقيدة أو لتمثل الحد الأصغر. ومن التوفيق الحاصل بينهما عند تمام التخصيص أو التقييد، يتكون القطعي العقلي الذي نعنيه بكونه يمثل نقطة اتزان بين الأدلة وما يعارضها. أما إذا لم يكن مستطاعاً إجراء مثل ذلك التوفيق، يكون من العسير تخريج قطعي من هذه الأدلة، فتبقى على حالها في إفادة حكم جزئي على ما يشمله حكمها من فروع دون تعديته إلى تكوين كليّ.

١٨١/١ ـ عند هذه المرحلة، قد يتوقف الاستدلال، بيد أن ثمة من الأحوال ما لا يكتفي فيها بهاتين المرحلتين، إذ يضحي الاستدلال، لاكتماله، في حاجة إلى مراحل أخرى، وهنا تتعين المرحلة الثالثة، وهي التعرف على علل الأحكام، بتنقيح مناطها وتخريجها وربط الأحكام بعللها، حتى يمكن تحرير الدليل على وجه الدقة وعلى نحو منضبط. كما قد تتعين المرحلة الرابعة، وهي الاستهداء بالصحابة رضوان الله عليهم اقتداء بمسالكهم في فهم الأحكام وكيفية تطبيقها على ما عرض لهم من نوازل. ومثال لما تقدم، نجد أن ثمة حكماً شرعياً يمثل كلياً من كليات الشرع الإسلامي يقضي بالنهي عن الغرر، هذا الحكم حصّل من نهي الرسول ﷺ عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع، وعن بيع ما في ضروعها إلا بكيل، وعن شراء العبد الآبق، وعن شراء المغانم حتى تقسم، وعن شراء الصدقات حتى تقبض، وعن ضربة الغائص (أي الذي يغوص في البحر لأجل الجواهر). في مثل ذلك الحكم جرى العمل أساساً بالمرحلتين الثانية والثالثة، حيث تم البحث في الأدلة التي تفيدها هذه الأحكام الجزئية جميعها، مع الحرص على البحث عن معارض لها وهو ما لم يثبت وجوده، ثم تم تنقيح مناط كل حكم منها، فوجد أن النهي ورد فيها جميعها دفعاً للغرر، وعليه انعقد كلي عُد من ثوابت المعاوضات، ألا وهو النهي عن الغرر. الأمر الذي غدا معه كل تعاوض اشتمل على غرر أو جهالة، تعاوضاً باطلاً بلا خلاف. أي أننا استقرأنا الفروع والجزئيات، التي وردت بشأنها أحكام ثابتة بأدلة ظنية الثبوت، فانتقلنا بأحكامها عن نطاق حدودها المحدودة، لتحصيل حكم كلي وهو كشف عن ثابت من ثوابت الشرع، يُعد في حقيقته قطعياً عقلياً.

١٨٢ ـ ثانياً: منهج الاستدلال من جملة خطاب الشارع: يسعى هذا النهج الاستدلالي إلى التجاوز منهجياً عن حدود الفروع الجزئية التي يتكون منها خطاب الشارع، انفتاحاً على جملة هذا الخطاب، بحيث تصير نصوص الشرع الإسلامي بكاملها المتعاضدة فيما بينها المتكاملة على نحو متآزر، الوعاء الشامل الذي تستقرأ من مقتضى أحكامه، الكليات التي تشكل بعض القطعيات العقلية. ذلك أن أحكام الشرع

الإسلامي على ضربين، ضرب أول يمثل الاتجاه المباشر المعين لكل حكم من هذه الأحكام على حدة، من وجهة الدلالة التي يفيدها الحكم. وضرب آخر يمثل الاتجاه الكلي لجملة هذه الأحكام ودلالتها الكلية، التي تفيد ما يُعد من ثوابت الشرع الإسلامي. فإذا كنا قد عرضنا فيما انقضى، إلى بيان صور وأنواع من ذلك الضرب الأول، فإن جوهر البحث هنا إنما يتبلور حول تجلية هذا الضرب الثاني، بحسبانه فيزياء القوى المتفاعلة ـ الأحكام ـ داخل التكوين البنائي لنسق خطاب الشارع. فإذا كان لكل نظام، علاقات قوى، تمثل لها ديناميات الانفعال الناشط داخل هذا النظام، فإن هذه القوى والعلاقات البينية ـ وهو أمر محسوس بالحتم ـ إنما تمثل الروح لهذا النظم، إذ دونه يصبح النظم جسداً هامداً من الأحكام الجافة المتنافرة غير القادرة على التفاعل المشترك فيما بينها.

١٨٢/١ ـ وهذا النهج ينطلق من تسليم عقدي ـ مبتدأ ـ، باتساق أحكام الشرع الإسلامي فيما بينها دون تنافر أو شقاق، وتسليم عقدي آخر بأن الشارع الحنيف ما وضع النظم الإسلامي، إلا لصالح العباد في العاجل والآجل معاً[١].

١٨٢/٢ ـ هاتان مقدمتان تسليميتان لكل عقلٍ مسلم يجتهد في شأن الشريعة الإسلامية، وهما تنتجان حتماً أن الشرع ما أتى بشيء من أحكامه وما أقام عليه هذه الأحكام من أسس وأصول وما خلقه من قوى فعل وعلاقات بينية، إلا بغية فلاح العباد وصلاحهم في الدنيا قبل الآخرة، ومن ثم فليس ثمة من سبيل لإنكار قوى الفعل داخل منظومة الشريعة الإسلامية والعلاقات البينية بينها، على ما يلي.

١٨٣ ـ **مراحل هذا المنهج**: يقوم هذا النهج بمرحلة أولى، تتمثل في النظر إلى نصوص الشريعة الإسلامية بكاملها، نظراً يعمل على سبر غور هذه النصوص، ودلالاتها اللغوية والفقهية الشرعية، لتحصيل فهم كلي لمجموع دلالات الأحكام الشرعية. وهي مرحلة ينتقل فيها العقل المجتهد من النص، إلى ما يمكن تسميته «ما وراء النص»، في غوص جاد وراء جميع احتمالات مقاصد الشرع الإسلامي بهذه الأحكام، تحقيقاً للمعاني التي يمكن استفادتها من هذه النصوص كافة، خلاف المعنى المباشر المتبادر من الدلالات المباشرة لها. ثم تأتي المرحلة الثانية، التي تعمل على الاستثمار الكامل لنطاقات النصوص كافة، وكل دلالاتها المباشرة والمتوارية التي تحتملها، ومحاولة إيجاد القواسم المشتركة بينها، وما يصلح أن يكون معتبراً كلياً في الشرع الإسلامي، بما يطويه بين جنباته من فلسفات خاصة بالتشريع الإسلامي، ومقاصد شرعية مرعية من قبل هذا الشرع. وأخيراً تأتي المرحلة الثالثة، وفيها يتم عرض نتيجة العمل في

---

(١) الموافقات في أصول الشريعة ـ لأبي إسحاق الشاطبي ـ الجزء الثاني ـ المكتبة التجارية الكبرى ـ مصر ـ ص٦.

المرحلتين السابقتين على بعضهما البعض، للنظر في مدى اتساقه وقوة تماسكه، ومدى توافقه مع الأحكام المباشرة المستفادة من المعنى الأولى المتبادر من النصوص. فإن بدا ثمة توافق في كل ذلك، كنا بصدد كليات شرعية، هي بحكم هذه الكينونة قطعيات عقلية، لا محالة، وأضحى ذلك دليلاً على صحة المتوصل إليه يمكن معه تعيين قوى الفعل الناشطة داخل المنظومة الإسلامية، في تلك الأسس والأصول التي تُبنى على قوائمها مرتكزات هذه المنظومة وينضبط على هداها تناغم الحركة الإنسانية التي تبتني تلك المنظومة معتنقاً جمعياً.

١٨٣/١ ـ هذا النهج المتقدم، هو الذي حصّلت به أسس الشريعة الإسلامية، كالعدل والحرية والمساواة، وهو كذلك الذي اعتمده العقل المسلم في مرحلة تالية أكثر تركيباً وأعمق تحليلاً، لتحصيل مقاصد الشرع الإسلامي المتمثلة إجمالاً، في إقامة المصالح الأخروية والدنيوية، باعتبار ما ثبت استقراء بالنهج المتقدم، من أن «الشارع قد قصد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدنيوية وذلك على وجه لا يختل لها به نظام، ولا بحسب الكل ولا بحسب الجزء، وسواء في ذلك ما كان من قبيل الضروريات أو الحاجيات أو التحسينيات. . . (فالشارع) قاصد بها أن تكون مصالح على الإطلاق، فلا بد أن يكون وضعها على ذلك الوجه أبدياً وكلياً عاماً في جميع أنواع التكليف والمكلفين وجميع الأحوال»[1]. فالمقطوع به استقراء أن الشريعة الإسلامية، إنما تتغيا مقصداً أساسياً، ألا وهو «حفظ نظام العالم واستدامة صلاحه بصلاح المهيمن عليه وهو الإنسان، والحفظ في هذا المقصد بقدر ما يشمل العقيدة والأعمال يشمل أيضاً أحوال الناس وشؤونهم في الحياة الاجتماعية لأن الإصلاح المنوه به صلاح الأحوال الفردية والجماعية والعمرانية»[2]. وبذات النهج تمكن العقل المسلم من التمييز بين المقاصد الأصلية والمقاصد التبعية، بحسبان ما استقرأه مما للأحكام الشرعية من مقاصد، إذ منها ما هو أساسي بحيث يعتبر الغاية الأولى والعليا للأحكام، ومنها ما هو ثانوي تابع للمقصد الأساسي أو مكمل له. ونحن هنا لسنا بصدد العرض للنظرية العامة للمقاصد الشرعية، حتى نفيض في تبيانها، وإنما نستدل بهذه النظرية فحسب على ما طرحناه من أن ثمة قطعيات، غير نصية، وإنما عقلية، يتم تحصيلها بالاجتهاد والنظر الاستقرائي الباحث في جملة الشريعة الإسلامية بأكملها، لتخريج المعاني الأساسية التي تأصلت عليها هذه الشريعة. الأمر الذي استبان معه أن ثمة ما هو منضبط المعنى، موافق لمقتضيات النظرة الشرعية، متسق استواءً مع الأحكام

---

(١) الموافقات ـ الشاطبي ـ الجزء الثاني ـ ص٣٧.

(٢) إسماعيل الحسني ـ نظرية المقاصد عند الإمام محمد الطاهر من عاشور ـ المعهد العالمي للفكر الإسلامي ـ سلسلة الرسائل الجماعية (١٥) ـ الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ ١٩٩٥ م ـ ص٢٣٥.

الشرعية على مستواها التفصيلي الجزئي، وذلك جميعه على نحو ملحوظ لا يختص به فرع من أحكام الشريعة دون آخر. ذلك هو ما تشكل منه النسق الغائي لهذه الشريعة، بأهدافها الكلية ومقاصدها النهائية، وبذلك أمكن ـ فقهياً ـ تحصيل قطعيات عقلية، لم تقررها النصوص صراحة وإنما أفادها الاستقراء الكلي لجملة أحكام ونصوص الشريعة الإسلامية.

١٨٤ ـ **ثالثا: المنهج القائم على تحصيل القطعيات**: أشرنا عَرَضاً قبل، إلى أن ما يميز القطعيات النصية عن قسائم القطعيات، إنما هو ذاك الثبات المطلق الذي تتسم به الأولى مقارناً بالثبات النسبي الذي تتصف به الثانية. فالقطعيات النصية هي قطعيات لا سبيل لإنكارها أو زعم محدودية نفاذها أو انحصارها زمناً أو مكانـاً أو حالاً. وهي بهذه الكيفية، تُعد كذلك، باعتراف المذاهب كافة بمناهجها المختلفة، فالجميع على كلمة سواء في شأنها، والإجماع قاطع في خصوصها. أما قسائم القطعيات، فهي بحكم طابعها الاجتهادي منهجاً، ترتبط فيما يتوصل إليه منها بالنهج الاستدلالي المتبع وفق أصول المذهب الفقهي المتبعة في الاجتهاد. ومن ثم فهي قطعية عقلاً، لدى المذهب المتبع دون أن تكون بالضرورة كذلك وفق أي مذهب آخر. إذ لاختلاف الأصول المنهجية بين مذهب وآخر وتمايزها في مناهج الاستدلال، يمكن أن تترتب نتائج تفرز تردداً في شأن بعض الأمور، وذلك ما بين كونها قطعية عقلاً وبين إنكار ذلك عليها. الأمر الذي حدا بنا من البداية، وتوقياً لهذا الاعتبار، إلى الاعتداد بها محض قسائم للقطعي وحسب، دون اعتبارها قطعيات في ذاتها، حتى لا تخالط القطعيات النصية، التي هي كذلك، في ذواتها.

١٨٤/ ١ ـ بيد أن الأمر ليس محتماً أو جوهرياً، في افتراق المذاهب فيما بينها، بشأن تعيين القطعيات العقلية، بل إن الغالب الأعم من هذه المذاهب، يكاد يتفق فيما بينه حول الغالب الأعم من القطعيات العقلية المقول بها. لينحصر الخلاف بموارد الجزئيات والفروع المخرجة تخريجاً اجتهادياً محضاً. ولعل هذا التقارب الشديد، يجد مناطه، في وحدة منابع قسائم القطعيات، التي تتعين في المصادر النصية من الكتاب والسنة. وفي الاتفاق حول كليات الشريعة الإسلامية، الأمر الذي يقلص دور الاختلاف الاستدلالي في ترتيب اختلافات جذرية مماثلة إزاء ما يعد من القطعيات الفعلية.

١٨٤/ ٢ ـ **آليات تحديد قسيم القطعي**: وهنا، وعند هذه النقطة، تتعين ثلاث آليات هامة، تلعب دوراً بالغ الحيوية في تحديد قسائم القطعيات. وهي إن جاز التعبير ثلاث قوى فاعلة في هذا الخصوص. أولها التوافق الجمعي لهيئة مجتهدي الجماعة المعتمدين لديها، ذاك التوافق الذي إن انعقد على أن ثمة أمراً هو من قبيل قسائم القطعيات، عد كذلك لدى هذه الجماعة بلا خلاف. ونحن لا نعني في هذا الخصوص باتفاق هيئة

المجتهدين الإجماع على النحو المصطلح عليه في علم أصول الفقه، وإنما نعني فحسب، التشارك الوجداني الفقهي من جانب والجمعي الشعبي من جانب آخر على الاعتداد بأمرٍ ما ثابتاً من ثوابت الشريعة الإسلامية، فعندئذ يتعين هذا الأمر بوصفه قسيماً للقطعي. أما ثاني هذه القوى، فهي سلطة ولي الأمر وسلطانه في التغليب والترجيح بين الآراء المختلفة، وبين الاتجاهات الاجتهادية المتباينة، فما يراه بحكم ولايته العامة على أمر الجماعة المسلمة، كلياً، فهو قسيم للقطعي، ما دام قد شايع أحد الآراء ذات التقبل الجمعي، ولم يشذ عن النسق الفقهي المنتهج تشريعاً لدى الجماعة. وأخيراً تأتي القوة الثالثة، ممثلة في القاضي، الذي يبدو دوره في هذا الخصوص، دوراً كاشفاً أكثر منه منشئاً، فهو يكشف عما يُعد لدى الجماعة وفق اتجاهات القوتين الأوليين، كلياً، فيعينه كذلك ويرفعه إلى مصاف القطعيات الفعلية. وهو يفعل ذلك وهو بصدد ما يعرض عليه من نوازل قد تستوجب الكشف عن هذه القطعيات.

١٨٥ ـ فوراق ظاهرة بين القطعيات الإسلامية والنظام العام: قد يُلحظ من هذا الاستخلاص الأخير، أن ثمة ثلاث قوى فاعلة على مستوى تحقيق الأحكام القطعية «قسائم القطعي»، تشابه وتوازي المستويات الثلاث التي ذكرناها في الفكر الوضعي المتعلقة بالنظام العام. لهذا التشابه دلالته، الممثلة في أن الأداء الوظيفي للمنهج الفقهي الإسلامي فيما يتعلق بالقطعيات، إنما يوازي ويكفل ما توصل إليه مفهوم النظام العام في القانون الوضعي بمستوياته كافة، بمعنى أن القطعيات العقلية في الفقه الإسلامي، هي من حيث العموم والشمول بحيث تستجيب وتؤدي كل النتائج التي يصل إليها الفكر الوضعي، من خلال فكرة النظام العام بمستوياتها الثلاث.

١٨٥/١ ـ بيد أنه ينبغي ألا يغيب، أن ثمة فروقاً أساسية بين النظم الإسلامي والفكرية الوضعية، تتعلق بالمصدر الذي تنحدر منه أحكام القطعيات الخاصة بكل منهما. كما تتصل كذلك بمناهج الاستدلال المتبعة لتخريج هذه الأحكام من الوجهتين النظرية والمنطقية. فمكمن الفارق الجوهري الأساس في أن الفقه الإسلامي ومهما اجتهد فيه لتخريج أحكام كلية وهو أهل لهذا التخريج، يرد دوماً ودائماً إلى القواعد المنزلة بنصوص القرآن والسنة. ومن ثم فهو ينطوي على قطعيات، ليس لها نظير منهجي في الفكرية الوضعية، ألا وهي القطعيات النصية آنفة البيان. هذه القطعيات، ثابتة وقائمة دون إمكان لتعديل أو تغيير، مهما استطال الزمن، ومهما تبدلت الأحوال ومهما تغيرت الأمكنة. وهو مستوى لا نظير له بفكرة النظام العام الوضعية. أما القطعيات العقلية المرجحة بالقوى الثلاث آنفة الذكر، والتي قد تفيد دلالة تعادلها الموضوعي مع مستويات النظام العام، فهي أيضاً ـ وافتراقاً عن حال النظام العام ومستوياته ـ مردودة بالضرورة واللزوم إلى نصوص القرآن والسنة، أي إلى مرجعية إلٰهية خارجة عن الزمان

والمكان والأحوال، تلك المرجعية الشرعية العليا. ومن ثم يغدو ما قد يطرأ على هذه القطعيات العقلية، من تبدل أو افتراق من مذهب لآخر، في خاصتها، إنما هو ترجيح لرأي على آخر، مما تسعها جميعها النصوص المنزلة، أي يحتملها القصد الإلٰهي بأحكامه اللانهائية. وعليه يتبلور محور الافتراق في هذه الجزئية، حول نوع من الأبدية السرمدية، الذي تتسم به نصوص القرآن والسنة، أي النصوص المرجعية للنظم الإسلامي، مما تفتقر إليها أعلىٰ النصوص في مدارج الشرعية الوضعية. وثمة فارق آخر يتمحور حول مفهوم الإرادة، لدى كل من المنظومة الفكرية الإسلامية والنظم الفكرية الوضعية، سلف الإشارة إليه بمبتدأ هذه الدراسة. يتمثل في أن الإرادة في الفكر الوضعي صيغت فلسفياً ومن البداية، على أنها مطلقة حرة وذلك بحكم شرعة الوجود الطبيعي الأولى، إلا أنه ولضرورات العيش الاجتماعي المشترك، وجب تقييدها، وهو ما تم فعلاً بالتصور المطروح بفكرة النظام العام، حيث ورد القيد من خارجها. الأمر الذي يفيد أن تقييد الإرادة في الفكر الوضعي إنما تم لأسباب خارجة عن ماهيتها وبآليات خارجة عن مكوناتها. حال أن الأمر على خلاف ذلك في المنظومة الفكرية الإسلامية، إذ الإرادة في الإسلام ولدت بأصل الشرعة الأولى مقيدة غير طليقة، محدودة باعتبارات قُدّرت إلٰهياً أصلاً. ومن ثم تكون القطعيات العقلية التي يتوصل إليها بأي من المناهج المقررة اجتهاداً، وعبر أي من القوى الثلاث الفاعلة في هذا الخصوص ـ آنفة البيان ـ، قطعيات مبينة لحدود سلطة الإرادة ومساحة هذه السلطة، أي كاشفة عن مساحات التقيد لدى هذه الإرادة، وليس كما الوضع في فكرة النظام العام، حيث ترد قواعده مفتئتة على الإرادة مقلصة من بعض مكناتها.

مما يستظهر معه، الخلاف بين المرجعية الإسلامية العليا وفكرة النظام العام الوضعية، خلافاً يضحى معه من العسير إسباغ وصف فكرة النظام العام على هذه المرجعية الشرعية الإسلامية.

الباب الثالث

فكرة النظام العام من الناحية التطبيقية

الفصل الأول: النظام العام في مجال قضاء القانون العام.

الفصل الثاني: النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص.

الفصل الثالث: النظام العام في مجال قضاء الأحوال الشخصية.

١٨٦ ـ **تمهيد**: تبين لنا مما سبق أن مفهوم فكرة النظام العام يظهر في شكل هيكل هرمي، ذي مستويات ثلاثة تتوزع عليها القواعد القانونية التي تعد من النظام العام، وهو في مجمله يكاد يكون في حال شبه اتساق. فبرغم كل ما أشرنا إليه من تسلط للدولة في مستواها الفوقي على عديد من مكونات الوجود الضروري لكل من الفرد والجماعة في مستواهما الارتكازي، ومحاولات الدولة الدائبة من أجل فرض أصول وجودها الضروري على المجتمع كله، غير مكترثة، بما قد يحدثه هذا من مساس بأصول وأسس الوجود الضروري للفرد والجماعة. أقول برغم كل هذا، فان ثمة حكمة جمعية ـ رسمية، تسم بعض مؤسسات الدولة الرسمية، تدفعها إلى السعي من أجل تخفيف حدة الاشتباك بين المكونين الجمعي والرسمي، وذلك في محاولة لإعادة صياغة أصول كل من المكونين على نحو توفيقي، بما يحفظ للمجتمع حده الأدنى من التماسك، ويحول دون تعريضه لاضطراب قد يؤدي إلى هلاكه. والحق أن للجماعة أيضاً دوراً تساهم به على نحو غير منظور، في إنجاح هذه المحاولات، وذلك عن طريق قبولها ولوج الطرق الشرعية المقررة رسمياً من قبل الدولة، واللجوء إلى مؤسسات الدولة المعنية رسمياً للمطالبة بما تراه ضرورياً لوجودها. وهذا دون ريب حكمة من قبل الجماعة، فبدلاً من اللجوء إلى أساليب التذمر الشعبي والرفض الجمعي في كل مناسبة فإنها تلج تلك السبل المتصفة بالمشروعية الإجرائية، كما قررتها الدولة محافظة على الكيان المجتمعي العام، وصوناً لتماسكه وائتلافه، حتى إذا ما أعيتها الحيل، احتفظت لنفسها بحق اللجوء إلى أساليب القوة كالضغوط الشعبية التي قد تصل إلى تثوير المجتمع بأكمله، كونه السبيل الذي يتعين أداة أخيرة لدفاع الجماعة عن مكونها الضروري حال إخفاق السبل الرسمية في تحقيق مبتغياتها. ومن ثم فإن وضع التقابل بين كل من الدولة من جهة والفرد والجماعة من جهة أخرى، وإن بدا في شكل صدامي، فإنه ولظروف عديدة غالباً ما يتم امتصاصه بصيغ توفيقية تحقق للدولة ما تتغياه وتوفر للجماعة والفرد الحدود الدنيا لما يبغيانه. ولعل هذا ما يفسر استمرار الوضع داخل المجتمع على نحو شبه مستقر كما هو المشاهد الآن، وبالتالي يوفر مظهر الاتساق للتكوين الهرمي الذي يتهيأ عليه مفهوم فكرة النظام العام.

١/١٨٦ ـ **القضاء ودوره التوفيقي بين القوى داخل الدولة**: من أهم مؤسسات الدولة الرسمية التي تدفع في صالح الصياغة التوفيقية بين قواعد النظام العام مختلفة الانتماء إلى المستويات الثلاث: مؤسسة القضاء، بمقتضى ما لها من تفويض منحتها

إياه السلطة التشريعية، إما بطريق مباشر كما القانون المدني، وإما بطريق غير مباشر كما هو حال القضاء الإداري والقضاء الدستوري. وتفصيل ذلك، أن القانون المدني كان قد قرر سلطان القضاء في إبطال جميع التصرفات التي يخالف محلها أو سببها النظام العام، وهو الوضع الذي لم يضبطه المشرع بأية معايير قضائية يمكن الارتكاز عليها لبيان ماهية مفهوم النظام العام، الأمر الذي يفيد تفويض المشرع للقضاء في هذا الخصوص. ومن جانب آخر، فقد نهج القضاء الإداري نهجه الإنشائي في هذا السبيل دون نص من المشرع، فجرى على إلغاء جميع تصرفات الجهة الإدارية حال مخالفتها النظام العام، مستقلاً في تقدير معيار النظام العام. ومن جانب ثالث، أنشأت الدولة القضاء الدستوري بغية فرض رقابة دستورية على أعمال المشرع والسلطات الإدارية، رقابة تتهيأ في أحد أبعادها على محور التزام سلطات الدولة المختلفة للأطر العامة لمفهوم النظام العام. الأمر الذي ما فتئ أن اضطلع به القضاء بكفاءة تحسب له. فهذا القضاء العادي وعلى رأسه محكمة النقض، يكاد يستقر على أطر منضبطة لمفهوم النظام العام والآداب، وهذا القضاء الإداري ـ بعمله وثيق الاتصال بحقوق الأفراد الشخصية والعامة ـ يقف حصناً في مواجهة تغول الدولة عليها، وأخيراً القضاء الدستوري/ ورغم حداثة عهده ـ بدأت إسهاماته في هذا الاتجاه، تستبين لشاهد العيان.

١٨٦/ ٢ ـ **تقسيم**: نعمل في هذا الباب، على تبين بعض مواقف القضاء من مفهوم فكرة النظام العام كما ارتأيناه. وذلك بعرض الموقف القضائي المنتهى إليه، على الإطار النظري المبحوث، لاستجلاء مدى اقتراب أو اغتراب القضاء عما توصلنا إليه في دراستنا النظرية لمفهوم النظام العام. ونحن في هذا الخصوص، إنما نعتمد عناصر المفهوم كما ذكرناه ومستويات تراتب قواعده حسبما قررناها باعتبارها المقدمات التي تنطرح عليها المواقف القضائية المبحوث فيها، ومن خلال ذلك يمكن استطلاع حدود اقتراب أو افتراق القضاء بعامة، عن الإطار النظري المتصور لهذا المفهوم. وفي هذا السياق، سوف نتعرض لبعض قضاء القانون العام ـ القضاء دستوري والقضاء إداري ـ باعتبارها نماذج لأهم اتجاهات هذا القضاء في خصوص مسألة الدراسة. كما سوف نعرض إجمالاً في الفصلين التاليين لأهم اتجاهات قضاء القانون الخاص، مختارين بنماذج من قضاء القانون الدولي الخاص في مجالي الجنسية وتنازع القوانين، فضلاً عن قضاء الأحوال الشخصية، لما لمفهوم فكرة النظام العام وقواعده من أهمية كبرى في هذا الخصوص.

وعليه ينقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول:

الفصل الأول: النظام العام في مجال قضاء القانون العام.

الفصل الثاني: النظام العام في مجال أحكام القضاء بشأن القانون الدولي الخاص.

الفصل الثالث: النظام العام في مجال قضاء الأحوال الشخصية.

الفصل الأول

النظام العام في مجال قضاء القانون العام

محاكم مجلس الدولة ـ المحكمة العليا ـ

المحكمة الدستورية العليا

١٨٧ ـ تمهيد: الحديث عن دور قضاء القانون العام في شأن مفهوم فكرة النظام العام وقواعده يستأهل دراسة منفصلة، نظراً للإسهام المتعاظم الذي اضطلع به هذا القضاء في توطيد دعائم ذلك المفهوم وتعميق التأصيل النظري الذي استقام عليه قضاءً، وذلك رغم اختلاف جهات هذا القضاء وتنوع محاكمه، ورغم اختلاف مجالات اختصاصه، بل ورغم اختلاف ظروف النشأة التاريخية لكل من محاكمه. وهو دور كان له إسهامه الكبير في اتجاه تأصيل الحقوق والحريات، من فض للتشابك الحاصل بين الحقوق المتعارضة، إلى النشاط في اتجاه رد الحقوق المتغول عليها إلى أصحابها. بيد أنه لأن هذا الفصل مخصص لاستطلاع الموقف العام لهذا القضاء ورؤاه في شأن مفهوم النظام العام وقواعده، وتقديم ذلك من خلال نظرتنا لإطاره النظري على ما انتهينا إليه، لذا فسوف نوجز عملنا في بعض من النماذج المحددة التي قدرنا تمثيلها لأهم اتجاهات ذاك القضاء بنوعيه وبمحاكمه المختلفة.

١٨٨ ـ تقسيم: قبل الشروع في دراسة دور القضاء سالف الذكر، يبدو جديراً بالتنويه تعيين الجهات القضائية المضطلعة بفروع القانون العام، عرضاً للوضع التاريخي الذي صاحب نشأة محاكم هذه الجهات وذلك على نحو موجز، حتى يمكن ربط اتجاهات تلك المحاكم، في شأن نشأة فكرة النظام العام، بالأبعاد السياسية والاجتماعية التي اكتنفت نشأة هذه المحاكم. ذلك أنه ثبت لنا فيما سلف، أن فكرة النظام العام هي نتاج تأثيرات سياسية واجتماعية واقتصادية، ونتاج تفاعل قواعد متعارضة ومتصارعة، اتخذت من المشهد القانوني مظهر هذه الفكرة التي لعبت دوراً هاماً في هذه التفاعلات. وإذ كان لهذه النشأة أثرها الذي ظل مسيطراً على تلك الفكرة حتى بعد أن استقرت دعائمها، حيث بقي الطابع السياسي العام مصاحباً لمدلولات مفهومها. فلا مناص، من أن تكون الظروف التي صاحبت نشأة المحاكم موضع الدراسة، وكذا ظروف الحال المصاحبة لهذه المحاكم عند نظرها لكل أمر من الأمور الماسة بمفهوم فكرة النظام العام، هي بدورها موضع تقدير، عند دراسة الموقف العام لهذا القضاء من مفهوم تلك

الفكرة وقواعدها، باعتبار ذلك من أهم محددات الحكم على عمل القضاء بهذا الشأن. فعمل القضاء بعامة لا ينطلق ولا ينتهي عند حد الفهم القانوني المجرد، وإنما هو موضع تأثر دائم بالوضع السياسي العام المصاحب، فما بالنا إن كان عمله متعلقاً بمفهوم قانوني هو بالأساس ساحة تصارع اجتماعي ـ سياسي، تشحذ كل من قوى المجتمع الرئيسية في نطاق هذه الساحة كل قوتها للدفاع عن أصول مكونها الضروري. الأمر الذي يستلزم منا منهجياً طرح تصور تاريخي لظروف نشأة كل جهة قضائية من جهات قضاء القانون العام في ضوء الأبعاد السياسية التي رافقت تلك النشأة، مرجئين الحديث عن الحال السياسي المصاحب لأطوار نشاطها عند مناقشة أقضيتها، المتمثلة لدينا في نماذج الأحكام المصطفاة مادة للدراسة.

وعلى ذلك ينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الظروف التاريخية لنشأة قضاء القانون العام.

المبحث الثاني: قضاء الدستورية.

المبحث الثالث: قضاء المشروعية (مجلس الدولة: قضاءً وإفتاءً)

المبحث الأول

الظروف التاريخية لنشأة قضاء القانون العام

١٨٩ ـ **تمهيد**: يتوزع قضاء القانون العام على جهتين رئيستين: مجلس الدولة بمحاكمه وهيئات إفتائه حيث القضاء المعنيُ اختصاصاً برقابة المشروعية وصونها، والقضاء الدستوري المعين بالمحكمة العليا ابتداءً ثم المحكمة الدستورية العليا، حيث القضاء المعنيُ برقابة الدستورية وصون سيادة الدستور إجمالاً. وسوف نعرض بداية إلى نشأة مجلس الدولة والظروف المحيطة بهذه النشأة، قبل العرض إلى نشأة القضاء الدستوري، لأسبقية نشأة الأول على الثاني وحداثة عهد الثاني عن الأول أي نزولاً على اعتبارات تاريخية محضة.

١٩٠ ـ **قضاء المشروعية (مجلس الدولة)**: جاءت نشأة مجلس الدولة في العام ١٩٤٦ بموجب القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦، تماماً لمرحلة طويلة من محاولات إيجاد قضاء إداري في مصر يتولى مهمة رقابة الجهاز الإداري بالدولة. تلك المرحلة التي تضرب بجذورها عميقاً في النصف الأخير من القرن التاسع عشر، وتحديداً عند محاولة الخديوي إسماعيل ـ قبيل عزله بأشهر قلائل في ٢٣ أبريل ١٨٧٩ ـ إنشاء مجلس شورى الحكومة، الذي يختص بمشورة الخديوي فيما يصدر من قوانين، كما يختص بما يحيله إليه الأخير أو ناظر الدواوين من إشكالات تتعلق بالوظيفة العامة أو تتعلق بنفاذ القوانين والإجراءات حسب نصوصها، بالإضافة إلى ما يحال إليه من منازعات تتعلق بتلك الوظيفة[١]. وهي محاولة وإن لم تصادف نجاحاً في حينه، إلا أنها ما فتئت أن أعيدت كرتها مرات، حتى توجت بالنجاح في العام ١٩٤٦. وبإنشاء مجلس الدولة، عرفت مصر للمرة الأولى قضاءً إدارياً، يناط بمحاكمه مهمة إلغاء القرارات الإدارية بناء على طلب الأفراد إذا اعتورها عيب بالشكل أو الاختصاص أو مخالفة القوانين واللوائح أو شبهة إساءة استعمال للسلطة أو الانحراف بها. وهو اختصاص انحصر بداية الأمر في عدد من المسائل المعينة تحديداً، لكنه سرعان ما أخذ في التوسع امتداداً داخل أعمال الإدارة كافة، حتى كان القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، الذي منح محاكم مجلس الدولة الولاية العامة في جملة المنازعات الإدارية، إضافة إلى اختصاص إفتاء الدولة فيما

---

(١) طارق البشري ـ دراسات في الديمقراطية المصرية ـ الطبعة الأولى، ١٩٨٧ ـ دار الشروق ـ ص١٦٦ وما بعدها.

تطلب إزاءه المشورة القانونية، ومراجعة مشروعات القوانين قبل العرض على مجلس الشعب.

١٩٠/١ ـ ظروف النشأة الأولى: أما عن ظروف حال هذا القضاء عند نشأته، «فلم يكن القضاء الإداري يبتدئ في ممارسة مهمته من العدم. فقد ضم للعمل بالمحكمة الجديدة عناصر مارست العمل القضائي في المحاكم العادية، أو اشتغلت بالفكر القانوني طويلاً، وتوافر لأكثرها خبرة ومران في الفكر والتطبيق. وهي في الواقع جزء من انعكاس لخبرة هذا العمل في المجتمع المصري خلال أجيال عديدة، منذ نشأة التنظيمات القانونية والقضائية الحديثة»(١). فقيض لرئاسة هذا المجلس ومحكمة القضاء الإداري ـ أعلى محاكمه آنئذ ـ الأستاذ الدكتور/ محمد كامل مرسي، ثم العلامة الدكتور/ عبد الرازق السنهوري من بعده. والاثنان وإن اتحدا في الانتماء السياسي لأحزاب الأقليات الموالية تاريخياً للسراي آنذاك، كون الأول أحد وزراء وزارة إسماعيل صدقي حال كان الثاني من أعضاء الحزب السعدي وأحد وزراء حكومته، إلا أن ريادتهما القانونية وشخصيتهما المنزهة وتكوينهما الوطني فطرياً، كانت صوناً لهما مما قد يثور من شكوك حول حيدتهما. خاصة أنهما ومن عمل معهما من قضاة، كانوا من العناصر التي عاصرت في شرخ شبابها المبكر ثورة ١٩١٩، وشاركت ـ ولو فكرياً ـ فيما شهدته مصر من معارك دستورية عديدة، دارت جل محاورها حول حقوق الشعب وحقوق الملك، «هذه المعارك قد رسبت بلا شك في عقل هذه العناصر ووجدانها، أن هناك صراعاً لا يهدأ بين السراي وبين الشعب. فالملك ورجال السراي من حوله ووزارات أحزاب الأقلية تريد تحويل نصوص الدستور التي تعطي السيادة للشعب إلى مواد ميتة، في حين يقف الشعب في خندق آخر يدافع عن حقوقه التي كفلها له الدستور. وكان طبيعياً وقد عاش القضاة هذه الفترة أن يقفوا إلى جانب الشعب الذي يحاول استخلاص حقوقه في الحرية والسيادة والديمقراطية ممن يريدون اغتصابها»(٢). أي أن أولئك القضاة عاشوا مراحل القضية الوطنية، وعاصروا الكفاح من أجل الاستقلال الوطني، وارتبط لديهم الاستعمار بكبت الحريات واغتصاب حقوق الجماعة لصالح الدولة الموالية سياسياً لهذا الاستعمار. فكان انتصارهم للجماعة انحيازاً لصاحب الحق، هو موقفهم العام وهاديهم في الاضطلاع بالمهام الموكولة إليهم. إذ عند نشأة مجلس الدولة لم تكن سوى محكمة القضاء الإداري، باعتبارها درجة تقاضي وحيدة ـ بالإضافة إلى قليل من دوائر المحكمة الإدارية ذات الاختصاص المحدود ـ

---

(١) طارق البشري ـ المرجع السابق ـ ص١٨٨.

(٢) د/ فاروق عبد البر ـ دور مجلس الدولة في حماية الحقوق والحريات العامة ـ الجزء الأول ـ طبعة ١٩٩٨ ـ ص٧٤.

شغل عضويتها أولئك القضاة ذوو العلم الغزير والمران القانوني والقضائي العريق، المشبعين فكرياً ووجدانياً بالحركة الجمعية الوطنية بكل تراث كفاحها ضد الاستعمار والعمالة والاستبداد، مع استصحاب هذه الحقيقة يصبح من السهل توقع ما سوف يستوي عليه قضاء هذه المحكمة، فضلاً عن إفتاء القسم الاستشاري بالمجلس. لذا فلا عجب أن تؤكد هذه المحكمة الوليدة، ببواكير قضائها، مبادئ صون سيادة الدستور، والفصل بين السلطات، ومجابهة مبدأ منع التقاضي، وإعفاء السلطة العامة المطلقة من المسؤولية. كما عركت بعض مما كان مستقراً قبل، كمبدأ أعمال السيادة حيث كبلته بعديد من الضوابط، وكنظام الأحكام العرفية الذي عدته نظاماً استثنائياً له قواعده وأسسه وضوابطه المقررة دستوراً والتي لا يجوز للسلطة العامة أن تجاوزها. مؤكدة على القيم المتعلقة بالحريات الفردية[١]. وذاك على نحو ما سوف يتضح لنا لاحقاً.

١٩٠/٢ ـ **المجلس في ظل ثورة ١٩٥٢**: امتدت هذه المرحلة من عمر مجلس الدولة، منذ حداثة نشأته في العام ١٩٤٦ إلى العام ١٩٥٥، وهي المرحلة التي أطلق عليها مرحلة الشموخ[٢]. مرحلة استمرت حتى صدر القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بإعادة إنشاء وتشكيل مجلس الدولة، الذي افتتح طوراً جديداً من عمر مجلس الدولة يمكن تسميته بمرحلة الانكسار[٣]. مرحلة عاصرت ثورة يوليو ولم تنته إلا بعد صدور دستور ١٩٧١، وعلى وجه التحديد مع صدور قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢. فإذا كانت الثورة، بحكم حتميات الطبيعة الثورية فضلاً عن النزوع الشمولي لها، قد عملت على هدم وتخلية التوازنين الاجتماعي والسياسي اللذين قاما على أصل من نظم سادت العهد الملكي، فقد كان طبيعياً أن تنال يد التغيير أدوات تلك النظم لإعادة توفيقها على هدى مما تراه لازماً لتحقيق أهدافها، فكان أن مست تكوين مجلس الدولة واتجاهاته. فأنشأت المحكمة الإدارية العليا التي تولى رئاستها رئيس مجلس الدولة، وكانت تكويناً قضائياً من دائرة وحيدة، ناطت بها اختصاص التعقيب على قضاء محكمة القضاء الإداري، حيث يطعن أمامها في هذا القضاء. وأنشأت هيئة مفوضي الدولة مختصة رئيسها دون سواه، بحق الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا في أحكام محكمة القضاء الإداري، والمحاكم الإدارية الأدنى، مجردة ذوي الشأن من حق الطعن. الأمر الذي تكون معه الدولة ـ ممثلة في النظام السياسي للثورة ـ قد حالت بين الخصوم وحقهم الأصيل في التحاكم أمام إحدى جهات التقاضي. وبذلك هيمنت المحكمة

---

(١) طارق البشري ـ المرجع السابق ـ ص١٩٠ وما بعدها.

(٢) د/ فاروق عبد البر ـ دور مجلس الدولة المصري في حماية حريات الموظف العام ـ طبعة ١٩٩٨ ـ ص١٨٨.

(٣) ذات المرجع السابق ـ ص١٨٨.

الإدارية العليا ذات الدائرة الوحيدة، على اتجاهات قضاء مجلس الدولة الإداري بسائر محاكمه ودوائره. الوضع الذي اكتمل بما أدخل من تعديل على القسم الاستشاري بالمجلس، حيث أعيد تنظيمه على نحو تناثرت معه وحدة هذا القسم إلى إدارات للرأي، توزعت على وزارات الدولة المختلفة، مما أدى إلى تضاؤل حال الوحدة الذي يستقوي بالمشورة، تضاؤلاً جعلها أقل منعة في مواجهة جهة الإدارة التي تقوم بالإفتاء لها، بل وجعلها أضعف في مواجهة رئاسة المجلس ذاته. هذا فضلاً عما أحدثه ذلك القانون من تغييرات عضوية بجسد المجلس، عن طريق إعادة تشكيل محاكمه وإعادة تعيين أعضائه على نحو استبعد معه لفيف من رجاله الذين تم نقلهم إلى وظائف قضائية وقانونية أخرى. وبذلك تمكنت الدولة من حصار المجلس من جهة وفرض الهيمنة الفردية على أجهزته المختلفة واتجاهات أحكامه وإفتائه من جهة أخرى، حتى كادت تنصاع بالكامل لسلطان الدولة[1]. الأمر الذي يتلمسه كل ناظر، عند عقد مقارنة بين أحكام محاكم المجلس عند نشأته وطول مرحلته الأولى وبين أحكامه خلال مرحلته الثانية. لذا فلا عجب أن نجد قضاء المحكمة الإدارية العليا، ينكص على عقبي المستقر عليه من قضاء محكمة القضاء الإداري، فيعتبر بعض الأعمال الإدارية من أعمال السيادة وفق الظرف السياسي المصاحب، ويؤكد سلطة الدولة في تقييد حق اللجوء للقضاء في الطعن في القرارات الإدارية. إلا أنه إحقاقاً للحق، فإن النشأة القوية لمحكمة القضاء الإداري، منحتها منعة في مواجهة المتغيرات الحادثة، وقوة دفع جعلتها تتشبث بنهجها رغم كل الأنواء التي عصفت بكيان المجلس أجمع، وهو سمة ما فتئ صابغاً عمل محكمة القضاء الإداري حتى وقتنا الحالي.

١٩٠/٣ ـ في ظل الدستور الحالي وقانون المجلس الجديد: أما المرحلة الثالثة التي مر بها مجلس الدولة، والتي تبدأ مع صدور دستور مصر الدائم سنة ١٩٧١، وتستمر إلى وقتنا الحالي، فهي مرحلة تردد ما بين الإقدام والإحجام. هذه المرحلة ولظروف جديدة طرأت على الواقع المصري، شهدت تبدلاً في كثير من الأوضاع التنظيمية والوظيفية التي كانت تسود المجلس إبان عهد القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥. إذ كان قد صدر الدستور الجديد، مقراً بعديد مما يعتبر من أصول المكون الضروري لكل من الفرد والجماعة، كافلاً لها قدراً من الاحترام والصون، دعم موقف كل من الفرد والجماعة في مواجهة الدولة. كما أنه بمقتضاه سقطت القوانين المانعة من التقاضي كافة، واستحال مجلس الدولة بموجبه أحد هيئاته القضائية المستقلة التي نص على إنشائها. وعليه صدر قانون مجلس الدولة الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، مقرراً لمحاكمه الولاية العامة على المنازعات الإدارية كافة، ومقراً شرعة تعدد دوائر المحكمة الإدارية العليا،

---

(١) طارق البشري ـ المرجع السابق ـ ص١٩٨ وما بعدها.

الأمر الذي حصل واقعاً، بما لم يعد معه أمر تقدير الاتجاهات القضائية العامة حكراً لدائرة واحدة تتحكم فيها، وإنما صار ثمة عدد من الدوائر، أحدثت بشكل أو آخر، نوعاً من الانفراج في هذا الخصوص. ومن جانب آخر ساعدت تلك الظروف المستجدة، الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مساندة إدارات الإفتاء المختصة بالوزارات، مساندة داعمة استقوت بها تلك الإدارات على نحو ما وفر لها قدراً كبيراً من ضمان الاستقلالية والحيدة، كانت مفتقدة في المرحلة السابقة. وهو تطور إيجابي لحق قضاء مجلس الدولة وإفتاءه على الرغم من عدم اكتماله أو شموله.

١٩٠/ ٤ ـ ولعل ما يميز تلك المرحلة، شهودها صعود عدد من القضاة، ممن نالوا تربيتهم القضائية منذ حداثة عهدهم بأروقة المجلس، محاكم وإدارات فتوى، حيث ذاق شبابهم مرارة عبث الدولة بقضائهم خلال المرحلة الثانية من تاريخ مجلسهم، فتولد لدى عديد منهم منعة في مواجهة الدولة وسلطانها، خولتهم مع تبوئهم زمام أمر محاكمه ومجالس إفتائه، من الوقوف في مواجهة تغول الدولة على مكونات الوجود الضروري للجماعة والفرد.

قضاء الدستورية:

١٩١ ـ في ظل دستور ١٩٢٣: عرفت المحاكم في مصر، المفهوم العام للرقابة الدستورية، قبل نشأة المحكمة العليا في العام ١٩٦٩، إذ منذ نشأة أول الدساتير المصرية في العام ١٩٢٣، وبرغم عدم المعرفة بقضاء يختص وحده برقابة دستورية القوانين فحسب، فقد اتجه غالب الفقه إلى حق المحاكم كافة في رقابة الدستورية، وفقاً لما تمليه اعتبارات مبدأ المشروعية من وجوب خضوع تصرفات الهيئات الحاكمة، ومنها الهيئة المختصة بالتشريع، للرقابة القضائية، بالإضافة إلى ما تفرضه طبيعة عمل القاضي من تغليب للقاعدة الأعلى على الأدنى ومن ثم تقديم النص الدستوري على النص التشريعي الأدنى مرتبة(١). بيد أنه وبرغم ذلك فقد اكتنف موقف القضاء بهذا الخصوص، وضع غامض، ترددت فيه المحاكم ما بين الإقرار بحقها في فحص دستورية القوانين مع الامتناع عن تطبيق المخالف منها دستورياً، وما بين إنكار أي حق لها بهذا الخصوص(٢). غير أن هذا النوع من الرقابة الذي مارسته المحاكم ـ أو ترددت حياله ما بين ممارسته أو الامتناع عنه ـ لم يكن رقابة دستورية بالمعنى الحقيقي الصحيح الذي تضطلع به المحكمة الدستورية العليا، وإنما كان نوعاً من الرقابة الناقصة (السلبية)، حيث تقوم المحاكم بفحص الوضع الدستوري للتشريع الذي هي بصدد تطبيقه، لتتبين ما

---

(١) د/ عادل عمر شريف ـ قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر ـ طبعة ١٩٨٨ ـ ص٧٠.

(٢) ذات المرجع السابق ـ ص٧١، ٧٢.

إذا كان موافقاً للدستور فتعمله أم أنه يخالفه فتمتنع عن تطبيقه.

١٩١/١ ـ ومع نشأة مجلس الدولة اكتسب هذا النوع من رقابة الدستورية الناقصة (السلبية)، دفعات قوية، حيث استقر قضاؤه على تقرير اختصاصه بهذا النوع من الرقابة، وصدر عنه عديد من الأحكام، التي تم فيها استبعاد تشريعات من التطبيق، لما تضمنته من مخالفة للدستور[١].

١٩١/٢ ـ في مشروع الدستور الدائم لسنة ١٩٥٣: كان لهذا الاستقرار القضائي على حق المحاكم في رقابة دستورية التشريعات المشايع لغالب الفقه في هذا الاتجاه، أثره في التوجه نحو تقنين ذلك الوضع بإرساء تنظيم فني دقيق له، الأمر الذي ظهر في عمل لجنة الخمسين التي تولت صياغة مشروع الدستور الدائم للجمهورية المصرية الوليدة العام ١٩٥٣، حيث انطوى مشروعها على النص على تنظيم رقابة الدستورية عن طريق إنشاء محكمة دستورية مختصة[٢]. بيد أنه ونظراً لظروف سياسية عديدة، لم يصدر هذا الدستور الدائم وتأخرت نشأة هذه المحكمة الدستورية المتخصصة حتى صدر بيان ٣٠ مارس سنة ١٩٦٨، الذي أكد على ضرورة صون الحريات، وتدعيم هذا الاتجاه بكل وسيلة ممكنة، منها إنشاء هذه المحكمة. الأمر الذي تحقق بصدور قانون المحكمة العليا رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ في ٣١ من أغسطس من العام ١٩٦٩.

١٩١/٣ ـ إنشاء المحكمة العليا ثم المحكمة الدستورية العليا: ومن الناحية التاريخية، فقد جاءت نشأة هذه المحكمة في جو مشحون بالانفعال الشديد، فمن جهة كانت هزيمة يونيو ١٩٦٧ وما أحدثته من صدع عميق بالمجتمع المصري ـ بل والعربي أجمع ـ، ومن جهة أخرى شهد التاريخ القضائي ما عرف بمذبحة القضاء، التي أقصى فيها عن منصب القضاء عدد ضخم من رجال القضاء مما أوجد آثاراً بالغة السوء لدى كل من رجال القضاء والرأي العام. كما كان قانون التفويض الشهير الذي أصدره مجلس الأمة برقم ١٥ لسنة ١٩٦٧، وبمقتضاه صار رئيس الجمهورية المشرع الوحيد بالدولة، ذاك القانون الذي بالاستناد إليه حصلت مذبحة القضاة في سنة ١٩٦٩، كما صدر بالاستناد إليه عدد لا بأس به من التشريعات التي نالت من حقوق الأفراد الأساسية. كل هذا جعل الرأي العام، يستقبل إنشاء هذه المحكمة العليا، استقبالاً فاتراً محاطاً بالشك والريبة، خاصة أن قانون إنشائها ذاته صدر بقرار من قبل رئيس الجمهورية بالاستناد إلى التفويض التشريعي آنف الذكر. فتبلور موقف شعبي عام تجاه هذه المحكمة، تطلب منها جهداً جهيداً لتحصيل ثقة الأوساط القضائية والقانونية في مصر فضلاً عن ترضية الرأي العام[٣]. وفي أعقاب نشأة هذه المحكمة، صدر دستور

---

(١) د/ عادل عمر شريف ـ المرجع السابق ـ ص٧٥. (٢) ذات المرجع السابق ـ ص٧٦.

(٣) د/ يحيى الجمل ـ القضاء الدستوري في مصر ـ الطبعة الأولى، ١٩٩٢ ـ ص٥٦، ٥٧.

مصر الدائم سنة ١٩٧١، ناصاً بالمواد أرقام (١٧٤)، (١٧٥)، (١٧٦)، (١٧٧)، (١٧٨) منه على إنشاء محكمة دستورية عليا، التي تعد هيئة قضائية مستقلة تتولى دون غيرها الرقابة القانونية على دستورية القوانين واللوائح، ويعين القانون اختصاصاتها الأخرى كما ينظم إجراءات التقاضي أمامها، الأمر الذي عليه صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا في ٢٩ من أغسطس العام ١٩٧٩.

١٩١/ ٤ ـ دور المحكمتين حكمته الظروف المحيطة بأدائه: ولا يخفى ما في طبيعة عمل المحكمة ـ سواء أكانت المحكمة العليا أم المحكمة الدستورية العليا ـ من حساسية شديدة، نظراً لوثوق اتصاله بنشاط أحد أهم أجهزة الدولة الأساسية، التي وفق الصياغة المؤسسية للدولة الحديثة، يعتمد عليها إلى حد بعيد في تسيير شأن الدولة. ما وضعها دوماً في موقف بالغ الحرج والتعقيد، إذ بحكم اختصاصها كانت دائماً في موقف المواجهة مع الدولة، خاصة بعد أن تعلقت بها آمال الجماعة، للوقوف في وجه تغول الدولة على أصول وكليات مكون الوجود الضروري للفرد أو الجماعة. وهو حال جعلها في غير مرة تؤثر السلامة، فتارة ترجئ البت في عدد من التشريعات الحساسة المطعون فيها أمامها، وتارة تنتهي إلى غير ما هو مأمول منها. بيد أن هذا لم يكن أبداً لينتقص من الدور الإيجابي بالغ الأهمية الذي لعبته وما زالت، على مسرح الحدث التشريعي العام داخل المجتمع، خاصة أنها لم تكن لتتوانى طوال عهدها قصير الأمد، عن تطوير مواقفها دوماً في اتجاه تعزيز عناصر المكون الضروري للجماعة والفرد، وذاك على نحو إيجابي وفعال لتحيط بها.

١٩٢ ـ خلاصة: ما تقدم كان ضرورياً بيانه قبيل المضي قدماً، في تقدير موقف قضاء القانون العام من مفهوم فكرة النظام العام وقواعدها، وذاك في ضوء مما تواضعنا على صياغته لهذا المفهوم. فالقانون العام بفروعه، هو القانون وثيق الاتصال بنشاط الدولة وبأجهزتها، عنده تتماس حدود مكون الوجود الضروري لها، بحدود مكون الوجود الضروري لكل من الجماعة والفرد، حيث كثيراً ما يستحيل هذا التماس، تشابكاً واختلاطاً، بين حد الحق وما يجاوزه على نحو يشكل افتئاتاً على أي من مكونات الوجود الضروري للقوتين الآخرين. الأمر الذي يجعل عمل محاكم هذا القضاء، وإلى حد بعيد، على جانب كبير من الحساسية التي كثيراً ما تضع هذه المحاكم في حرج بالغ. ولذا كان طرح الظرف التاريخي المصاحب للنشأة من حيث الأصل، ثم عرض الظرف التاريخي المعاصر لتعرضها لفكرة النظام العام، أمراً في غاية الأهمية، تبياناً لأبعاد قضائها، والدوافع الكامنة من ورائه، على النحو الذي يستظهر معه اتجاهات موقفها من مفهوم فكرة النظام العام وقواعده، وما إذا كانت معالجتها في أي من الأوضاع التي عرضت عليها جاءت انطلاقاً من اعتقاد مبدئي بأن هذا هو الفهم

السليم للفكرة، أم أنه كان نتاج ضغوط خارجية تفوق مقدرتها، مما لا يعول معه من الناحية النظرية على موقفها ذاك، وإن كان يظل لقضائها في هذا الخصوص قيمته العملية باعتبار حجيته القاطعة الباتة وما يترتب عليه من آثار.

١٩٣ ـ معالجة فكرة النظام ضمناً لا صراحة: تجدر الإشارة، من الناحية المنهجية، إلى أن تعرض محاكم هذا القضاء لمفهوم فكرة النظام العام، غالباً ما كان يتم دون التصريح بذكر للاصطلاح ذاته، فنادراً ما نطالع في قضاء المحكمة الدستورية ـ أو العليا قبلها ـ ذكراً لكون قاعدة من القواعد هي من النظام العام، والأمر ذاته نجده في قضاء محاكم مجلس الدولة وإفتائه، لذا يكفينا أن يكون مجال نشاط هذه المحاكم فيما هو منظور أمامها، متعلقاً بأي من أصول وأسس مكونات الوجود الضروري لقوى المجتمع الثلاث أو أي من فروعها الجزئية، حتى نكون بصدد تعرض قضائي لمفهوم فكرة النظام العام. الأمر الذي يجدر معه الإيضاح بأن عملنا سيقتصر على نماذج من أقضية هذه المحاكم، نستلهم منها اتجاهات مواقفها العامة من مفهوم فكرة النظام العام وقواعده. وهادينا في انتقاء هذه النماذج، من الناحية المنهجية، هو تعرضها لأصول الوجود الضروري للفرد أو الجماعة أو الدولة، على ما انتهينا إليه آنفاً. فالحكم الذي يتعلق بأي من أصول المكون الضروري لأي من تلك القوى الثلاث، يكون موضع اتصال بالمفهوم، فيدخل مجال بحثنا الماثل، حيث تتم مناقشته في ضوء فهمنا للنظام العام، مع التعرض للبُعد التاريخي والاجتماعي والظروف المحيطة بكل من التصرف موضع الحكم، بل والحكم ذاته إن استلزم الأمر ذلك.

المبحث الثاني

قضاء الدستورية

١٩٤ ـ تقسيم: في هذا المبحث نسعى لسبر غور بعض من أحكام قضاء الدستورية، لمعرفة كنه موقفه من مفهوم النظام العام وقواعده، على ما انتهينا إليه من تراتب هيكلي لقواعده، وفق طبيعة القاعدة النظامية والقوى المجتمعية الكامنة خلف نشأة القاعدة. لذا فعملنا ينقسم إلى فرعين:

الفرع الأول: موقف قضاء الدستورية من القواعد القانونية العليا.

الفرع الثاني: موقف قضاء الدستورية من بعض عناصر المكونين الضروريين لكل من الفرد والجماعة.

* * * * *

الفرع الأول

موقف قضاء الدستورية من القواعد القانونية العليا داخل المجتمع

١٩٥ ـ تمهيد: جدلية العلاقة بين الدولة والجماعة: من الأمور المسلم بها في النظم القانونية المعاصرة، أن أحكام الدستور وقواعده تأتي على قمة البناء التشريعي داخل الدولة. فالشرعية الداخلية تقاس بالأساس على هدي من هذه الأحكام التي تضمها الوثيقة الدستورية لكل دولة. الأمر الذي توقفنا بصدده ملياً، بسالف بحثنا في هذه الدراسة، حيث أشرنا إلى صحة ذلك من الناحية القانونية على ما تستقر عليه صيغ الشرعية المتعارف عليها في الدولة الحديثة. وانتقدنا في الوقت نفسه ما آل إليه هذا الفهم من نتائج بالغة الإجحاف بأصول المكون الضروري لكل من الفرد والجماعة، حيث هيمنت الدولة كاملاً[١] ـ وفق هذه الأسس ـ على صناعة الشرعية داخل المجتمع، فهي التي تضع الدستور، بعد مشاركة هامشية من قبل الجماعة وأفرادها، مشاركة لم يكن يهدف من ورائها سوى منح الوثيقة الدستورية البعد الجمعي المتطلب نزولاً ـ ولو شكلياً ـ على مبدأ السيادة الشعبية، وهي أيضاً التي تتولى الصناعة التشريعية عن طريق

(١) والدولة التي نعنيها هي الدولة النامية حديثة العهد بمفهوم الدولة القومية، حيث استوردت هذا المفهوم على نحو مشوه أدى إلى كل ما تحدثنا عنه سابقاً، من تشوهات بالبناء المجتمعي والمؤسسي داخلياً.

السيطرة على المؤسسات المختصة بذلك، الأمر الذي مكنها من أن تفرض مفاهيمها الخاصة من قيم وأسس، على المجتمع بكامله، وفق ما يحقق لها صوالحها الأساسية باعتبارها كياناً قائماً داخل المجتمع ـ أحد قوى هذا المجتمع ـ يختلف عضوياً عن باقي كياناته، مما أدى إلى تواري دور كل من الفرد والجماعة في هذا الخصوص، توارياً وإن كان حقيقياً، بضعف تأثيرهما على التسيير الذاتي للشأن المجتمعي، فضلاً عن شأنهما المخصوص، إلا أنهما لم يعدما حيلتهما في فرض إرادتيهما، عن طريق الكفاح المتواصل؛ وذلك بجميع السبل القانونية المقررة دستورياً وشرعياً في الغالب من الأحوال، وبأساليب غير شرعية عند فقدهما الأمل في التغيير وذاك في أحوال طارئة ونادرة، تقدر الدولة حسابها عند ممارستها لنشاطها. لذا نجدها دوماً في وضع الساعي للحصول على القبول الجمعي إزاء ما تقوم به من تصرفات ـ تشريعات أو أعمال إدارية ـ، إذ أن هذا القبول هو الذي يوفر للتصرف ضمان نفاذه الهادئ المستقر، بما يمكنه من ترتيب آثاره القانونية المرجوة كاملة. وعليه، يظل للوجدان الجمعي والعقل الشعبي مكانتهما التي يستمدانها من رجاء الدولة الحصول على قبولهما، وإن كانت مكانة غير منظورة أو مرئية. الأمر الذي حدا بنا إلى تقرير أن كل قاعدة قانونية تصدر عن طريق المؤسسات التشريعية المختصة داخل الدولة، لا يكفيها محض صدورها وفق ما هو مقرر شكلاً وإجراءً، ولا مجرد صدورها غير مناقضة لأي من قواعد الدستور، وإنما يستلزم الأمر إلى جانب ذلك توافر القبول الجمعي، إذ هو الذي يضمن لها النفاذ وترتيب الآثار المبتغاة. هذا القبول لا يتحقق إلا بموافقة القاعدة القانونية للاعتقاد الجمعي، أي استوائها غير ماسة بأي من الأصول الجمعية المتأسس عليه كيان الجماعة ذاتها. الأمر الذي سوف نرى معه، كم من القواعد القانونية صدرت متمتعة بلوازم الشرعية الداخلية وعلى الرغم من ذلك سقطت بزوال الظرف التاريخي الذي دفع بها إلى الظهور ـ أي باختفاء القوة التي كانت وراء إصدارها ـ، وذلك لعدم حيازتها هذا التقبل الجمعي المطلوب، كونها لا تتفق وأصول الجماعة ولا كليات الفرد داخلها.

١٩٦ ـ مفاهيم أساسية أرستها المحكمة العليا: وعلى هدي ما تقدم، فالمشاهد أن قضاء الدستورية، بدأ عمله بالتأكيد أولاً على قواعد الدستور كونها قمة النظام القانوني القائم، واجبة الصون والحماية، حيث يتعذر مخالفتها، وإلا فالبطلان هو الجزاء الرادع لهذه المخالفة. وعليه فقد مدت المحكمة العليا ولايتها الرقابية إلى القوانين كافة دون استثناء، ففي حكم لها يُعد من بواكير أعمالها، قررت أنه «ليس معقولاً أن تكون التشريعات التي صدرت قبل صدور الدستور وعلى الخصوص التشريعات الصادرة قبل قيام الثورة في ظل نظم سياسية واجتماعية واقتصادية مغايرة في أسسها وأصولها ومبادئها للنظم التي استحدثها الدستور، ليس معقولاً أن تكون هذه التشريعات بمنأى

عن الرقابة التي تخضع لها التشريعات التي تصدر في ظل الدستور وفي ظل نظمه وأصوله المستحدثة مع أن رقابة دستوريتها أولى وأوجب». مؤكدة في ذلك القضاء على أن «نصوص هذا الدستور تمثل دائماً القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات باعتبارها أسمى القواعد الآمرة»[1]. وقد كان هذا بمناسبة نظرها الطعن في الحالة الثانية من الفقرة (هـ) من المادة (٩٣٦) من القانون المدني المتعلقة بحق الشفعة، حيث دفع أمامها بعدم جواز الطعن بعدم دستورية التشريعات السابقة على صدور الدستور. ورغم أن المحكمة انتهت إلى رفض الدعوى، إلا أنها تصدت لنظر الموضوع بحسبان حقها في مراقبة دستورية التشريعات القائمة كافة، سواء أكانت صادرة قبل صدور الدستور أم بعده، لتنتهي بمنطوق حكمها إلى رفضها الدفع بعدم جواز الطعن بعدم دستورية النص المطعون عليه، إلى جانب رفضها للدعوى. وبذلك تكون المحكمة قد أرست مبدأً مهماً في مجال إعادة انتظام قواعد النظام العام ثانية، بعد أن كان قد نالها من العبث في الفترة السابقة على نشأة هذه المحكمة ما نالها، فها هي تقرر سيادة الدستور سيادة مطلقة، وتقرر التزام القواعد القانونية كافة بالحدود الدستورية الموضوعة.

١٩٦/١ ـ وفي حكم آخر انتهت المحكمة إلى تأكيد المبدأ ذاته، إذ في تعليق لها على مقتضى المادة (١٩١) من الدستور التي نصت على أن كل ما تضمنته القوانين واللوائح الصادرة قبل صدوره من أحكام يبقى صحيحاً ونافذاً، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور، قررت المحكمة أنه لا يفهم من هذه المادة «سوى مجرد استمرار نفاذ تلك القوانين والأوامر واللوائح دون تطهيرها مما قد يشوبها من عيوب ودون تحصينها ضد الطعن بعدم دستوريتها شأنها في ذلك شأن التشريعات التي تصدر في ظل الدستور القائم ـ فليس معقولاً أن تكون تلك التشريعات بمنأىً عن الرقابة التي تخضع لها التشريعات التي تصدر في ظل هذا الدستور ونظمه وأصوله المستحدثة مع أن رقابة دستوريتها أولى وأوجب ـ ذلك أن نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها باعتبارها أسمى القواعد الآمرة، وإهدار ما يخالفها من التشريعات»[2]. الأمر الذي نستظهر معه بعض المفاهيم الأساسية التي استقرت عليها المحكمة العليا، نجملها فيما يلي:

---

(١) المحكمة العليا ـ الدعوى رقم ٣ لسنة ١ عليا دستورية ـ جلسة ١٩٧١/٣/٦، ـ بند ١ ـ مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا ـ القسم الأول ـ الجزء الأول ـ طبعة ١٩٧٧ ـ ص١٠، ١١.

(٢) ذات المرجع السابق ـ المحكمة العليا ـ الدعوى رقم ٥ لسنة ١ قضائية عليا (دستورية) ـ جلسة =

أولاً: أن المحكمة العليا، قررت إخضاع كافة القوانين واللوائح، بغض النظر عن تاريخ صدورها، لأحكام الدستور الحالي.

ثانياً: أن المحكمة العليا، منحت أحكام نصوص الدستور الحالي وقواعده، قدسية عليا، باعتبارها في مقام الصدارة بين قواعد النظام العام كافة، أي أنها جعلتها بمثابة القواعد الأساسية لهيكل قواعد النظام العام.

ثالثاً: تكون المحكمة العليا، وعلى هدى من هذا الفهم، قد استوت غير بعيدة عن نظرنا لهيكل البناء المفهومي لقواعد النظام العام. ذلك أن نصوص دستور مصر الحالي الصادر العام ١٩٧١، تضمنت عديداً من الأحكام التي تُعد ترجمة صادقة لغالب أصول وكليات مكون الوجود الضروري للفرد والجماعة، بالإضافة إلى ما تضمنته من أحكام تعبر عن أسس مكون الوجود الضروري للدولة، وعليه وإذ اعتبرت المحكمة العليا هذه الأحكام جميعها تمثل القاعدة الأساس لهيكل بناء قواعد النظام العام، فهي تكون ـ وفي حدود الإجمال ـ قد وافقت فهمنا لهيكل هذا البناء، كون نصوص الدستور، وقد تضمنت جماع عناصر مكون الوجود الضروري للفرد والجماعة، تضمنها عناصر مكون الوجود الضروري للدولة، تكون قد انطوت على عناصر المستويين الارتكازي القاعدي والفوقي من هيكل مفهوم النظام العام على ما انتهينا إليه.

رابعاً: هذا الذي انتهت إليه المحكمة، وإن كان إجمالاً يتفق ونظرتنا، إلا أن ثمة تساؤلات تعترضه في خصوص علاقة عناصر كل من المكونين بعضها بالبعض الآخر. فكيف نظرت تلك المحكمة لكل منهما، هل عدتهما من ذات المستوى وذات القوة، أم أنها باينت بينهما في تراتبهما. الحق، أن المحكمة العليا، ولحداثة عهدها، لم يكن ينطرح عليها مثل هذا التساؤل المعقد، لذا جاء قضاؤها إجمالاً، دون تمييز بهذا الخصوص. فالأمر عرضت له المحكمة الدستورية العليا، بعد نشأتها بأكثر من عقد، وبعد أن صار لقضاء الدستورية مبادئه وأفكاره التي تتأصل اتجاهاته على هداها. وبعد أن زادت الأمور التي عرضت عليها صعوبة وتعقيداً على النحو الذي حدا بها إلى ضرورة حل هذا التشابك، عند تعارض عنصرين، أحدهما ينتمي إلى أصول مكون الجماعة والفرد والآخر إلى أصول مكون الدولة. وذاك على نحو ما سوف يتبين لنا فيما بعد.

١٩٧ ـ موقف المحكمة الدستورية العليا: وبالنظر في قضاء المحكمة الدستورية العليا عند حداثة نشأتها، نلحظ تردداً في قضائها بخصوص الموقف من الدستور، فقد

= ٤/١٢/١٩٧١ ـ ص٥٦ ـ وبذات المعنى، حكم المحكمة العليا ـ الدعوى رقم ٨ لسنة ٧ قضائية عليا (دستورية) ـ جلسة ٧/٥/١٩٧٧ ـ ذات المرجع ـ الجزء الثاني ـ ص٦٣.

ذهبت تأكيداً لما أرسته المحكمة العليا إلى «أن نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها باعتبارها أسمى القواعد الآمرة وإهدار ما يخالفها من تشريعات. وهذه القواعد والأصول هي التي يرد عليها الأمر في تحديد ما تتولاه السلطات العامة من وظائف أصلية وما تباشره كل منها من أعمال أخرى استثناء من الأصل العام الذي يقضي بانحصار نشاطها في المجال الذي يتفق مع طبيعة وظيفتها. وإذ كانت هذه الأعمال الاستثنائية قد أوردها الدستور على سبيل الحصر والتحديد فلا يجوز لأي من تلك السلطات أن تتعداها إلى غيرها أو تجور على الضوابط والقيود المحددة لها، فيشكل عملها حينئذ مخالفة دستورية تخضع - متى انصبت على قانون أو لائحة - للرقابة الدستورية التي عهد بها الدستور إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها، بغية الحفاظ على مبادئه وصون أحكامه من الخروج عليها»، لتذكر في هذا القضاء أن الدستور «وإن جعل لرئيس الجمهورية اختصاصاً في إصدار قرارات تكون لها قوة القانون في غيبة مجلس الشعب، إلا أنه رسم لهذا الاختصاص الاستثنائي حدوداً ضيقة تفرضها طبيعته الاستثنائية، منها ما يتعلق بشروط ممارسته ومنها ما يتصل بمآل ما قد يصدر من قرارات استناداً إليه. فأوجب لإعمال رخصة التشريع الاستثنائية أن يكون مجلس الشعب غائباً وأن تتهيأ خلال هذه الغيبة ظروف تتوافر بها حالة تسوغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير إلى حين انعقاد مجلس الشعب باعتبار أن تلك الظروف هي مناط هذه الرخصة وعلة تقريرها. وإذ كان الدستور يتطلب هذين الشرطين لممارسة ذلك الاختصاص التشريعي الاستثنائي، فإن رقابة المحكمة الدستورية العليا تمتد إليهما للتحقق من قيامهما، باعتبارهما من الضوابط المقررة في الدستور لممارسة ما نص عليه من سلطات، شأنهما في ذلك شأن الشروط الأخرى التي حددتها المادة (١٤٧) ومن بينها ضرورة عرض القرارات الصادرة استناداً إليها على مجلس الشعب للنظر في إقرارها أو علاج آثارها»[1]. وهي عبارات عامة عنت تقييد التشريعات الاستثنائية كلها، بالحدود والضوابط المقررة دستورياً، حيث أخضعتها جميعها للرقابة القضائية لهذه المحكمة. الأمر الذي إذا أضيف إلى ما انتهت إليه المحكمة العليا من خضوع القوانين والتشريعات كافة بغض النظر عن تاريخ صدورها - سواء أكانت سابقة على صدور الدستور الحالي أم تالية عليه - لرقابتها، أضحت التشريعات الاستثنائية التي صدرت قبل العمل بالدستور الحالي خاضعة بدورها لأحكام هذا الدستور. بيد أن المحكمة الدستورية لم تلتزم هذا السياق المنهجي في أحكامها،

---

(١) المحكمة الدستورية العليا - القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ق. (دستورية) - جلسة ١٩٨٥/٥/٤ - القاعدة ٩ - مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا - الجزء الثالث - ص٢٠٢، ص٢٠٤.

إذ نجدها تقضي بأن «المادة (٥٣) من دستور ١٩٥٨ كانت تنص على أن لرئيس الجمهورية أن يصدر أي تشريع أو قرار بما يدخل أصلاً في اختصاص مجلس الأمة إذا دعت الضرورة إلى اتخاذه في غياب المجلس على أن يعرض عليه فور انعقاده فإذا اعترض المجلس على ما أصدره رئيس الجمهورية بأغلبية ثلثي أعضائه سقط ما له من أثر من تاريخ الاعتراض. ويستفاد من النص أنه وإن أوجب عرض ما يصدره رئيس الجمهورية من تشريعات تطبيقاً له على مجلس الأمة فور انعقاده، إلا أنه لم يفرض جزاء لعدم عرضه وذلك خلافاً لمسلك المشرع في سائر الدساتير الأخرى سواء السابقة على هذا الدستور أو اللاحقة له، إذ نصت جميعها على أن القرارات بقوانين التي يصدرها رئيس الجمهورية في غيبة المجلس النيابي لدواعي الضرورة يزول ما لها من قوة القانون إذا لم تعرض على المجلس. وهذه المغايرة في الحكم بين دستور سنة ١٩٥٨ والدساتير الأخرى تدل على أن المشرع في هذا الدستور قصد ألا يرتب ذلك الأثر على مجرد عدم عرض القرارات بقوانين على مجلس الأمة بل أوجبه فقط في حالة اعتراض المجلس عليه بالأغلبية الخاصة التي نص عليها، ومن ثم فإن ما ينعاه المدعون في هذا السبب يكون في غير محله»[1]. وهو قضاء أبت فيه المحكمة الدستورية، فرض سلطان وسيادة نصوص الدستور الحالي، على قوانين سابقة عليه، بدعوى الاكتفاء بكون الدستور الذي صدرت هذه القوانين في ظله، كان مجيزاً إصدار ذلك التشريع. وهو اتجاه جانبت فيه المحكمة، اتجاهها العام، الذي ساقته بعديد من الأحكام السابقة عليه والتالية له، حيث تقاس مدى دستورية النص التشريعي، على ضوء نصوص الدستور الحالي وحده، باعتبارها «القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها باعتبارها أسمى القواعد الآمرة، وإهدار ما يخالفها من التشريعات»[2]. كما أن هذا القضاء إنما يفضي إلى نتيجة بالغة الغرابة، إذ بذلك تصير الدساتير السابقة متحكمة في الدستور الحالي، باعتبار كونه يكفي لصحة التشريع صدوره متفقاً مع الدستور الملغي، ليفرض هيمنته ومشروعيته على الدستور الحالي ولو تضمن هذا التشريع خرقاً للأصول والكليات التي انبنى عليها الدستور الحالي، وهي نتيجة في غاية الغرابة، تناهض منطق البناء القانوني السوي، فكيف لتشريع مستند إلى قوة من خارج المنظومة القانونية القائمة ـ الدستور الملغي ـ أن يستوي صحيحاً ومشروعاً رغم مخالفته للقواعد الأساسية التي ينبني عليها كيان هذه المنظومة، بل وترفض المحكمة الدستورية ـ السلطة المختصة بصون هذا الكيان ـ أن

---

(١) المحكمة الدستورية العليا ـ القضية رقم ١٨ لسنة ١ق (دستورية) ـ جلسة ١٩٨٣/٢/٥ ـ القاعدة ١٣ ـ المرجع السابق ـ الجزء الثاني ـ ص٨٠، ص٨١.

(٢) انظر ص٢٥٨، من بحثنا، أحكام المحكمة العليا في هذا الخصوص.

تفرض ولايتها الرقابية عليه بدعوى شرعية كانت له في إطار سياق دستوري كان قائماً ثم تم إلغاؤه.

١٩٧/١ ـ بيد أن جزءاً من تلك الدهشة يتبدد، دون أن يبدد الوضع الشاذ الذي أفرزه مثل هذا القضاء على الأقل من ناحية المنطق القانوني، عند النظر في موضوع هذه الدعوى ذاتها، إذ كان الطعن منصباً على القرار بقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ بتأميم بعض الشركات والمنشآت فيما تضمنه من إدراج الشركة المصرية المتحدة للملاحة البحرية في الجدول المرافق له. وهو أمر يتعلق بمسائل التأميم التي تأسس عليها نظام الحكم بمصر، بل ولا زال متأصلاً عليها، فأعمال التأميم الشامل الذي مارسته الدولة خلال النصف الثاني من القرن العشرين، كانت أحد أسس النظام الاقتصادي الذي نهجته الدولة على مدى عقود أربعة عقب الاستقلال، وهو الذي تمكنت به من ترسية قواعد القطاع العام الأساسية الذي راهنت عليه الدولة في قيام نهضتها الصناعية وتحقيق أهدافها الاجتماعية والسياسية وما زالت بما ضمنته نصوص الدستور الحالي من أحكام تؤكد دور هذا النظام. وهي ولا ريب من المسائل التي تُعد من أصول المكون الضروري لوجود الدولة، التي ليس بمكنتها النزول عنه، وإلا اهتز بنيانها المشاد اهتزازاً بالغا [١]. هذا الموقف وإن حسب للمحكمة في شأن سعة إدراكها بأصول المكون الضروري لوجود الدولة، والذي صار من أصول مكون الجماعة ذاتها، إلا أنها ما كان لها أن تقيم قضاءها على هذا السند، لما فيه من اعوجاج في المنطق، ولما يرتبه من آثار ونتائج غاية في الخطورة، فيما بعد، إن اعتنقت هذا المنهج مذهباً لها.

١٩٧/٢ ـ **التأثير السياسي على القضاء الدستوري**: ما سلف يشهد بدور الظرف السياسي التاريخي المصاحب في مجال ترسية قواعد النظام العام وتأكيدها من الناحية القانونية، فهذا وضع فرضه ظرف واقعي استحال معه أمر ما إلى أصل من أصول الدولة التي لا غنى عنها، مما يستلزم حماية قانونية عليا، حتى وإن ترتب عليه عسف بأحد قواعد النظام العام الأخرى. فإذا كان من قواعد هذا النظام ضرورة التزام المشرع نصوص الدستور الحالي، فإن القول بكفاية التزامه نصوص دستور آخر ملغىً، إنما يُعد من قبيل التخريج القانوني الذي يتضمن انتهاكاً لأصل من أصول مفهوم فكرة النظام

---

(١) وذلك بغض النظر عما قد يكون هذا التأميم قد أحدثه من أضرار لحقت بعض أفراد الجماعة، ممن تعرضوا لهذا التأميم باعتبار أنه عاد بنفع عام على جملة الجماعة المصرية، بما حقق من إعادة توزيع للثروة التي كادت أن تكون حكراً على فئة ضئيلة من أفراد الجماعة، مما لا ينطرح معه وفي خصوصه قالة هيمنة المستوى الفوقي للدولة على المستوى الارتكازي للفرد والجماعة. سيما أن رأب الضرر الذي يمكن أن يكون قد لحق البعض ممن تعرضوا للتأميم لا يكون بإلغاء تلك القوانين وإنما بضمان تعويض عادل لهم، جابر لهذا الضرر.

العام التي ارتأت فيه المحكمة أنه ليس الأولى بالصون، مقارنة بأصل آخر كان موضع عنايتها عندما قضت بحكمها، ألا وهو الوضع الاقتصادي العام المتمثل في حفظ أحد أسسه الركينة، وهي عمليات التأميم التي تمت في الفترة الأولى من عمر الدولة المستقلة.

٣/١٩٧ ـ ولا عبرة في هذا الخصوص بأن العوار الذي شاب القانون المشار إليه محل قضاء المحكمة موضع النقاش، كان مجرد عوار شكلي، بالقياس على نصوص الدستور الحالي، ذلك أنه يكاد يكون ثمة عرف دستوري، في خصوص التشريعات الاستثنائية التي يصدرها رئيس الجمهورية في أحوال الضرورة وعند غيبة المجلس النيابي، يتمثل في تعين عرض هذه التشريعات على ذاك المجلس فور انعقاده، فيزول بأثر رجعي إن لم يتم هذا العرض، وهو ما نعده عرفاً لورود هذا الحكم بكافة الدساتير السابقة واللاحقة على دستور ١٩٥٨ المحتج به. فضلاً عن أن قضاء هذه المحكمة ذاتها، لا يفرق من جهة وجوب التزام التشريع أحكام ونصوص الدستور الحالي، بين أحكام إجرائية وأخرى موضوعية. إذ قضت بأن «موافقة النصوص التشريعية لأحكام الدستور رهن ببراءتها مما قد يشوبها من مثالب دستورية، سواء في ذلك تلك التي تقوم على مخالفة شكلية للأوضاع الإجرائية التي يتطلبها الدستور، أم تلك التي يكون مبناها مخالفة قواعده الموضوعية التي تعكس مضامينها القيم والمثل التي بلورتها الإرادة الشعبية وكذلك الأسس التي تنتظم الجماعة وضوابط حركتها»[1]. ومما لا خلاف فيه، أنه يُعد من الأصول التي تنتظم الجماعة وتضبط حركة الدولة وفق الإرادة الشعبية، الضوابط الإجرائية المستقرة بالوجدان الجمعي، التي تم النص عليها في الدساتير المصرية المتعاقبة كافة، فإن شذ أحدها وحده، فأتى بحكم على خلاف باقيها، تعين أن يظل في منطقة الاستثناء الذي لا توسع فيه. فإن ألغي هذا الدستور أو تم استبعاده استرد الأصل وجوده وقوته ليخضع الكافة له. وعليه فإن كان ثمة ما يمكن تسميته عرفاً دستورياً إجرائياً، في شأن الإجراءات الشكلية المستوجب اتباعها عند إصدار التشريعات الاستثنائية، فانه يكون واجب الاحترام، وإلا شاب التشريع عوار يفضي به إلى الإلغاء نتيجة ما لحقه من البطلان.

* * * * *

١٩٨ ـ ظروف محلية وعالمية أثرت في عمل المحكمة الدستورية العليا: تمثل المرحلة الأخيرة من عمر المحكمة الدستورية العليا، الممتدة طيلة العقد الأخير من القرن المنصرم، علامة فارقة في شأن موقف تلك المحكمة من الدستور وقواعده. إذ

---

(١) المحكمة الدستورية العليا ـ القضية رقم ٢٧ لسنة ٨ق (دستورية) ـ جلسة ١٩٩٢/١/٤ ـ ذات المرجع السابق ـ الجزء الخامس ـ المجلد الأول ـ القاعدة (١٥) ص١١٤.

شهد هذا العصر استقراراً في تشكيل هيئة دائرتها، مكنها من صقل ما بلورته من اتجاهات باتت متوافقة إلى حد بعيد مع نظرتها القانونية فضلاً عن منطلقاتها الفلسفية، وذلك في حدود النظام القانوني السائد الذي تعمل المحكمة من خلال أطره الحاكمة. خاصة أنها مرحلة عاصرتها تغيرات عديدة على الأصعدة كافة، داخلياً وخارجياً. فقد شهدت تلك الفترة الانتصار المدوي لمنظومة الفكر الفردي الحر المتمثل في الديمقراطية الليبرالية الرأسمالية المنتهجة أيديولوجياً لدى العالم المعروف بالغربي، مع تهاوٍ مهين لأيديولوجيا العالم الملقب بالاشتراكي، صاحبه انهيار لتلك البلدان ذاتها. الأمر الذي انعكس على الأوضاع الداخلية للمجتمع المصري، دولة وجماعة، وعلى الأصعدة السياسية والاجتماعية والاقتصادية كافة. انعكاساً تمثل في تواري المفاهيم الاشتراكية وتبدلها بمفاهيم الرأسمالية الحرة، ليس على مستوى المبادرات الفردية داخل الجماعة فحسب، وإنما أساساً على مستوي النهج الرسمي للدولة ذاتها. ومن جانب آخر شهد العالم الإسلامي تصاعداً للحركات الوطنية الإسلامية، تعاصر مع تصاعد مماثل لهذه الحركة داخل مصر. تصاعداً كان له إيجابياته المتمثلة في إعادة الاجتهاد في العديد من المفاهيم الإسلامية بصورة مناسبة للعصر، لأجل إعادة طرح رؤية للمنظومة الإسلامية تتفق وظروف الحال المعاصرة، وهو ما كان له تأثيره غير المنكور على الفكر العربي عامة والمصري خاصة. كما كان له سلبياته التي ظهرت في تبني البعض لفكر التغيير بالقوة مما خلق نوعاً من العداء بين الدولة من جهة والطرح الإسلامي المستجد من جهة أخرى. كما كان من المتغيرات الحادثة، ظهور تآكل يسير في قوة الدولة، تم في صالح الجماعة، على صعيد بعض المبادرات الفردية في مجالي المجتمع والاقتصاد. دون أن يعاصره أي تغيير على الصعيد السياسي، حيث ظلت الدولة قابضة على المشهد السياسي كاملاً، من غير أن تسمح بأي تحريك حقيقي للأبعاد السياسية على مستوى المشاركات السياسية، ومن غير أن تسمح بأن يشاركها أي طرح فكري متمايز عنها يسهم في الاضطلاع بدور جمعي في التسيير الذاتي للمجتمع.

١٩٩ ـ تطور موقف المحكمة الدستورية العليا في صلته بالحقوق والحريات: شهدت تلك الفترة تطوراً كبيراً في موقف المحكمة الدستورية العليا، من الدستور وقواعده وأحكامه. تطوراً إن شئنا عددنا خطوات واسعة إلى الأمام في مجال التأكيد على عناصر المكونين الضروريين لوجود الفرد والجماعة وذلك من الناحية الفلسفية. فبعد أن كان الدستور في قضاء هذه المحكمة، ذا سيادة لا تدانيها سيادة أخرى، كونه القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، على نحو ما أبنا سلفاً، صار مبعث تسيده كونه المرسم الأعلى والموجه الكلي لنطاق حقوق الأفراد وحرياتهم، من حيث هو وثيقة ضبط حركة الدولة ونطاق سلطانها، ليس على مستوى العلاقات البينية بين مؤسساتها

فحسب، وإنما على مستوى علاقتها بالفرد والجماعة أيضاً. فالدستور «هو القانون الأساسي الأعلى الذي يرسي القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم، ويقرر الحريات والحقوق العامة، ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها»[١]. فهو «يتميز بطبيعة خاصة تضفي عليه السيادة والسمو بحسبانه كفيل الحريات وموئلها وعماد الحياة الدستورية، أساس نظامها، فحق لقواعده ـ بالتالي ـ أن تستوي على القمة من البنيان القانوني للدولة وأن تتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام»[٢]. مما يستفاد منه أن الدستور في فهم القضاء الدستوري بعد أن كان قمة البنيان القانوني للدولة، لمجرد ضبطه نظام الحكم بها، غدا كذلك لكونه كفيل الحريات وموئلها وعماد الحياة الدستورية. وهذا دون ريب تطور، يُعد بداية نهج جديد خطته المحكمة لنفسها، في خصوص المقاربة التي يتعين أن تكون للدستور وقواعده. نهج يفصح عن موقف جديد من عناصر مكوني وجود الجماعة والفرد، يمكنهما من استعادة قدر من مكانتهما، بقمة البناء القانوني داخل المجتمع، أي يعيد للمستوى الارتكازي قدراً من سيادته في مواجهة المستوى الفوقي.

١/١٩٩ ـ ثم في خطوة أكثر اتساعاً، تذهب المحكمة إلى ربط سيادة الدستور وسموه بالإرادة الجمعية وصالح الجماعة بالأساس. لذلك فالدستور وإن كان من أجل وظائفه إرساء نظام الحكم، فإن قيمته الحقيقية في هذا الخصوص، إنما يستمدها من عمله على توزيع السلطة بين مؤسسات وهيئات الدولة المختلفة، بما يضمن توازنها وتوفر الرقابة المتبادلة فيما بينها. فالدستور «يمثل أصلاً ـ وكلما كان مواكباً لتطور النظم الديمقراطية، هادفاً إلى حماية الحرية الفردية ودعم انطلاقها إلى آفاق مفتوحة تكون بذاتها عاصماً من جموح السلطة أو انحرافها ـ ضمانة رئيسية لإنفاذ الإرادة الشعبية في توجهها نحو مثلها العليا وبوجه خاص في مجال إرسائها نظاماً للحكم لا يقوم على هيمنة السلطة وانفرادها، بل يعمل على توزيعها في إطار ديمقراطي بين الأفرع المختلفة التي تباشرها لضمان توازنها وتبادل الرقابة فيما بينها، وعلى أن يكون بعناصره مستجيباً للتطور، ملتزماً إرادة الجماهير، مقرراً مسؤولية القائمين بالعمل أمامها، مبلوراً لطاقتها وملكاتها، مقيداً بما يحول دون اقتحام الحدود المنطقية لحقوقها الثابتة ولحرياتها الأصلية، رادعاً بالجزاء كل إخلال بها أو نكول عنها، وكان الدستور فوق هذا يولي الاعتبار الأول لمصالح الجماعة بما يصون مقوماتها، ويكفل إنماء قيمها الاجتماعية

---

(١) المحكمة الدستورية العليا ـ القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ق (دستورية) ـ جلسة ١٩٩٢/٢/٢ ـ المرجع السابق ـ الجزء الخامس ـ المجلد الأول ـ القاعدة (٢١) ـ ص١٧٨.

(٢) المحكمة الدستورية العليا ـ القضية رقم ٢٧ لسنة ٨ق (دستورية) ـ جلسة ١٩٩٢/١/٤ ـ المرجع السابق ـ الجزء الخامس ـ المجلد الأول ـ القاعدة (١٥) ـ ص١١٤.

والخلقية، بالغاً من خلال ضمانها ما يكون في تقديره محققاً للتكافل بين أفرادها، نابذاً انفلاقها، كافلاً الرعاية للحقائق العلمية، عاملاً على الارتقاء بالفنون على تباين ألوانها، مقيماً حرية الإبداع على دعائمها، وكان الدستور بالحقوق التي يقررها والقيود التي يفرضها ـ وأياً كان مداها أو نطاقها ـ لا يعمل من فراغ ولا ينتظم مجرد قواعد آمرة لا تبديل فيها إلا من خلال تعديلها وفقاً للأوضاع التي ينص عليها، إذ هو وثيقة تقدمية نابضة بالحياة، تعمل من أجل تطوير مظاهرها في بيئة بذاتها متخذة من الخضوع للقانون إطـاراً لها، ولا مناص من الرجوع إليها تغليباً لأحكامها التي تتسم القواعد الآمرة، ولأن الشرعية الدستورية في نطاقها هي التي تكفل ارتكاز السلطة على الإرادة العامة، وتقوم اعوجاجها، ومنها تستمد السلطة فعاليتها، بما يعزز الأسس التي تنهض بها الجماعة ويرعى تقدمها. متى كان ما تقدم، وكان من المقرر أنه سواء كان الدستور قد بلغ غاية الآمال المعقودة عليه في مجال تنظيم العلاقة بين الدولة ومواطنيها، أم كان قد أغفل بعض جوانبها أو تجنبها، فإن الدستور يظل دائماً فوق كل هامة، معتلياً القمة من مدرج التنظيم القانوني باعتبار أن حدوده قيد على كل قاعدة تدنوه بما يحول دون خروجها عليه، وهو ما عقد للدستور السيادة كحقيقة مستقر أمرها في الوجدان والضمير الجمعي، وهي بعد حقيقة مستعصية على الجدل رددتها ديباجة دستور جمهورية مصر العربية بإعلانها انعقاد عزم الإرادة الشعبية، التي منحته لنفسها، على الدفاع عنه وحمايته وضمان احترامه، وليس لأحد بالتالي أن يكون لأحكام الدستور عصياً ولا أن يعرض عنها إنكاراً لها»[1]. وتعود فتقرر المحكمة في القضاء ذاته «أن الدستور مظهر الإرادة الشعبية ونتاجها في تجمعاتها المختلفة المترابطة على امتداد النطاق الإقليمي للدولة، ولا يعدو تبنيها للدستور أن يكون توكيداً لعزمها على أن تصوغ الدولة ـ بمختلف تنظيماتها ـ تصرفاتها وأعمالها وفق أحكامه، باعتباره قاعدة لنظام الحكم فيها، وإطاراً ملزماً لحقوق الجماهير وحرياتها، عماداً للحياة الدستورية بكل أقطارها، وهو بذلك ضابط لها يحدد ملامحها ويقيم بنيانها وفق قواعد جامدة لا يجوز تعديلها باتباع الأوضاع الإجرائية التي تعدل بها القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، بل وفق قواعد شكلية معقدة متزمتة، هي تلك المنصوص عليها في المادة (١٨٩) من الدستور، بما مؤداه أن النصوص الدستورية تغاير النصوص القانونية في مصدرها ومرونتها، وهي مغايرة لازمها أن تكون الإرادة الأعلى التي تصدر عنها النصوص الدستورية محددة ـ إملاء ـ للقيود التي تعمل السلطتان التشريعية والتنفيذية في إطارها، ومبلورة لقواعد آمرة هي الأحق بالنزول عليها احتكاماً إليها وامتثالاً لها»[2].

---

(١) المحكمة الدستورية العليا ـ قضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ق (دستورية) ـ جلسة ٥/ ٢/ ١٩٩٤.

(٢) ذات الحكم سالف الذكر.

٢/١٩٩ ـ يعد هذا الحكم في ذاته، بمثابة إعادة صياغة جديدة لفلسفة الدستور من وجهة نظر المحكمة الدستورية العليا، تلك الفلسفة التي يمكن أن نستخلص عناصرها الأساسية فيما يلي:

أولاً: تم ربط الدستور، ومن البداية بالإرادة الجمعية، كون الدستور في ذاته انعكاساً لعزم هذه الإرادة على الدفاع عن نفسها، وهو ضمانة رئيسية لإنفاذ هذا العزم في توجيهه صوب توكيد المثل العليا للجماعة، ومن ثم فما هو واقر بالوجدان الجمعي من سمو لقواعد الدستور وسيادتها إنما مرده دفاع الجماعة عن نفسها.

ثانياً: الدستور ومن هذا المنطلق يهدف بالأساس إلى حفظ الحرية الفردية ودعم انطلاقها، كونه العاصم من جموح السلطة وإنحرافها. فالدستور يقوم بإرساء نظام الحكم الأعلى، لا أساس هيمنة السلطة وتفردها، وإنما على أساس توزيع هذه السلطة في إطار ديمقراطي من المؤسسات المختلفة، بما يحقق التوازن بينها ويوفر ضمانات الرقابة المتبادلة. الأمر الذي نتلمسه بقضاء آخر يؤكد على هذا المعنى، فيذكر «أن الدستور ـ إذا كان تقدمياً ـ يمثل ضمانة رئيسية لإنفاذ الإرادة الشعبية في توجهها نحو مثلها العليا، بوجه خاص في مجال إرسائها نظاماً للحكم لا يقوم على التسلط على مقاليد الأمور انفراداً بها واحتكاراً لها، بل يعمل على توزيع السلطة في إطار ديمقراطي بين الأفرع المختلفة التي تباشرها بما يكفل توازنها وتبادل الرقابة فيما بينها»[١].

ثالثاً: الدستور يلتزم إرادة الجماعة، فيبلور طاقاتها وملكاتها، على النحو الذي يؤكد به حقوقها الثابتة وحرياتها الأصلية، «معبراً عن طموحاتها، مقرراً مسئولية القائمين على العمل العام أمامها. . . كاشفاً عن الضوابط والقيود التي تحول دون اقتحام الحدود التي تؤمن فعالية حقوقها وحرياتها»[٢]. لذا غدت الشرعية الدستورية، قائمة على قاعدة من ارتكاز السلطة على الإرادة الجمعية، حيث الأخيرة المقوم لاعوجاج الأولى، وحيث تستمد الأولى من الأخيرة سلطان فاعليتها.

رابعاً: السلطة بما فيها من قوة ـ أي الدولة بمؤسساتها ـ إنما تعمل في إطار من أحكام الدستور وقواعده، لأجل تعزيز مقومات الجماعة وإنماء قيمها الاجتماعية الخلقية، بما يمكن من تحقيق التكافل بين أفراد هذه الجماعة، رعاية لصالحها ونهضتها وتقدمها. فالدستور «يرعى مصالح الجماعة بما يصون مقوماتها ويكفل إنماء القيم التي ارتضتها بالغاً من خلال ضمانها ما يكون محققاً للتضامن بين أفرادها، نابذاً انغلاقها، . . . . . ، فقد غدا من الحتم أن تعامل الوثيقة الدستورية بوصفها تعبيراً عن

---

(١) المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ١٧ لسنة ١٤ق (دستورية)، جلسة ١٩٩٥/١/١٤.

(٢) ذات الحكم السابق.

آمال متجددة ينبض واقعها بالحياة لتعمل من أجل تطوير مظاهرها في بيئة بذاتها، متخذة من الخضوع للقانون إطاراً لها، ولا مناص من الرجوع إليها تغليباً لأحكامها، لأن الشرعية الدستورية في نطاقها هي التي تكفل ارتكاز السلطة على الإرادة العامة، وتقوم اعوجاجها بما يعزز الأسس التي تنهض بها الجماعة، ويمهد الطريق لتقدمها»[1].

خامساً: وعليه يمكن تلخيص حدود علاقات القوى الاجتماعية النشطة داخل المجتمع، في أن الدستور إنما استهدف بصون أحكامها وسيادتها «ترسيخ مفهوم الديمقراطية التي أرساها سواء ما اتصل منه بتوكيد السيادة الشعبية ـ وهي جوهر الديمقراطية ـ أو بكفالة الحريات والحقوق العامة ـ وهي هدفها ـ أو بالمشاركة في ممارسة السلطة ـ وهي وسيلتها ـ وذلك على نحو ما جرى به نصوصه ومبادئه التي تمثل الأصول والقواعد التي يقوم عليها نظام الحكم وتستوي على القمة في مدارج البنيان القانوني ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام»[2]. الأمر الذي يفيد أن الدستور هو بالأساس يعمل لإرساء مفاهيم وقيم الديمقراطية، التي يتمثل جوهرها في إرادة الجماعة، ذات الهدف الكلي في كفالة الحريات والحقوق العامة، وما السلطة ـ أي الدولة بكافة مؤسساتها وأجهزتها ـ والمشاركة الجمعية لها إلا وسائل لتحقيق هذا الهدف.

سادساً: الدستور ومن خلال هذا الفهم، يضحى أداة الجماعة ـ الفرد، لتأكيد عناصر مكون وجودهما الضروري، ومن خلال هذا المنطلق يغدو قيداً على السلطة ومؤسساتها وهي بصدد تفعيل عناصر مكون وجودهما ضروري. وبذلك فقد استحال الدستور، وفق هذا التصور ـ الذي بلورته المحكمة الدستورية العليا باتجاهاتها الأخيرة ـ، من أداة لهيمنة الدولة على الجماعة والأفراد، إلى أداة الجماعة والأفراد لتأكيد وجودهما في مواجهة الدولة. كما استحال من أداة لإشباع أهداف الدولة المخصوصة إلى أداة لإخضاع الدولة لأهداف الجماعة وطموحاتها. وأخيراً استحال من أداة الدولة لفرض قيمها وأصولها على الجماعة إلى أداة الأخيرة في تسييد قيمها وأصولها على المجتمع كله. أي أن هذا التصور أعاد وضع الأمور في نصابها، باعتبار الجماعة والفرد، هما قاعدة ارتكاز المجتمع بكامله، فما الدولة إلا قوة مبنية على أسس وأصول القاعدة الارتكازية، باعتبار كل قاعدة فوقية تتعين وتتشكل وفق النسق الجمعي المرسم بالقاعدة الأساس.

سابعاً: وأخيراً، فإن الدستور وبرغم ميله الظاهر لصالح الجماعة والأفراد، فهو يعمد إلى تأكيد عناصر مكون الوجود الضروري للفرد، بما يضمن له مكنة الانفعال الطبيعي

---

(١) المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ١٧ لسنة ١٤ق (دستورية)، جلسة ١٩٩٥/١/١٤.

(٢) المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ق (دستورية)، جلسة ١٩٩٣/٦/١٩.

داخل مركزه القانون الذي يحوزه، دون انتقاص أو اجتزاء. وفي الوقت ذاته يجعل مقصداً للمجتمع خلق التضامن بين أفراد الجماعة، فلا يتغول الفرد بمركزه القانوني على المراكز القانونية المقررة لغيره من الأفراد، ولا على المركز القانوني الجمعي المقرر لهيئة الأفراد أجمعين.

ولئن كان هذا هو التصور الذي بلورته المحكمة الدستورية العليا، في تطورها الأخير، للموقف من الدستور قواعد وأحكاماً، ولبغيته مقاصداً وأهدافاً، وذاك من الناحية الفلسفية. فإنه يبقى أن نرى هل نجحت المحكمة في ترجمة هذا المنطلق الفلسفي للدستور، عند تخريجها الفروع التطبيقية على هذه الأصول. هذا هو ما سوف نشرع في كشفه، عند طريق عدد من أحكامها المتعلقة تحديداً بهذا الخصوص، مؤثرين في البداية العرض للنص موضوع الطعن في كل حكم، لاستبيان حدود اتفاقه أو اختلافه ـ باعتباره تصرفاً قانونياً صادراً من قبل السلطة التشريعية ـ مع مفهوم فكرة النظام العام، ثم كيفية مقاربة المحكمة لهذا النص، ومدى نجاحها في تحديد علاقته بقواعد النظام العام وتسكينه بالمستوى الذي يجب شغله فعلاً.

وفي الوقت نفسه، وإذا ما تبدى لنا أن ثمة اتجاهاً قد تبلور في خصوص مسألة البحث أو اتجاهاً يمس هذه المسألة من أي وجهة لدى محاكم مجلس الدولة أو أجهزة إفتائه، فقد نعرض له، إبان مناقشة قضاء المحكمة الدستورية العليا، لما في ذلك من مقارنة مثرية للعمل.

* * * * *

٢٠٠ ـ موقف المحكمة الدستورية العليا من بعض عناصر المكونين الضروريين لوجود كل من الفرد والجماعة: سبق أن استبان أن عناصر المكونين الضروريين لوجود كل من الفرد والجماعة هي مجموع الأنساق الفكرية والفلسفية التي يدين بها الفرد، أو تعتنقها الجماعة السياسية العامة، أو تلك التي تتمذهب بها بعض الجماعات الفرعية التي تقيم تميزها على أصل معتنقي أو أصل من مميز ثقافي. تلك الأنساق تتشكل من خلالها أطر المعارف الأساسية داخل المجتمع، فتتبلور على ضوئها علاقة الفرد والجماعة بالحياة، من حيث منطلقات الإدراك بالوجود الذاتي وبخصال الهوية، فضلاً عن المفاهيم القيمية التي يتحرك النشاط المجتمعي كله من خلالها وفي حدودها. كما تتشكل على هداها أهداف الجماعة الأساسية واجبة الإشباع، وتترسم على ضوئها أطر التعامل داخل هذه الجماعة بين الأفراد بعضهم بعضاً أو بينهم وبين الهيئة الجمعية. قصارى القول إن هذا الإطار، إنما هو تلك المنظومة الفكرية الفلسفية العقدية التي تتناسق على هداها حياة الفرد فضلاً عن معيشة الجماعة.

١/٢٠٠ ـ الدستور المصري والمكونات الضرورية للفرد والجماعة: الناظر لقواعد

وأحكام نصوص الدستور المصري الحالي، يجده كاشفاً، إلى حد بعيد، عن المفاهيم الأساسية لهذا الإطار، سواء ما يتعلق منه بالجماعة أم ما يتعلق منه بالفرد أم ما يتعلق منه بالدولة. بيد أنه تجدر الإشارة إلى كون هذه الأحكام وعلى الرغم من أنها قد تتعلق بأي من القوى المذكورة، إلا أنها على نحو أو آخر، تمس القوى الأخرى. إذ نجد من النصوص الدستورية، ما يؤكد بعض الأصول الارتكازية لهذا الإطار التي تتعلق بالهيئة الجمعية بصفة أساسية، حال كونها تمس كلاً من الفرد والدولة أيضاً ولكن بصفة تبعية. فالمادة (٢) من الدستور تنص على أن «الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع». والمادة (١٢) منه التي تنص على أن «يلتزم المجتمع برعاية الأخلاق وحمايتها والتمكين للتقاليد المصرية الأصيلة، وعليه مراعاة المستوى الرفيع للتربية الدينية، والقيم الخلقية والتراث التاريخي للشعب، والحقائق العلمية والسلوك الاشتراكي والآداب العامة. وتلتزم الدولة باتباع هذه المبادئ والتمكين لها». والمادة (٩) منه التي نصت على أن «الأسرة أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق والوطنية. وتحرص الدولة على الحفاظ على الطابع الأصيل للأسرة المصرية وما يتمثل فيه من قيم وتقاليد». والمادة (١٩) التي تنص على أن «التربية الدينية مادة أساسية في مناهج التعليم العام». فتلك الأحكام جميعها تتعلق بأصول ارتكازية تخص الجماعة السياسية العامة بالأساس، فهي لا تعدو كونها ترجمة قانونية لمرتكزات الوجود الضروري للجماعة من جهات التكون الفكري والعقدي والأيديولوجي، فضلاً عن التراث الثقافي بأبعاده التاريخية، ووحدة الأساس القيمي الخلقي السائد مجتمعياً. الأمر الذي كما يمثل في ذاته دعماً أصيلاً للوجود الضروري للجماعة العامة، فإنه يشكل إلزاماً على كل من الفرد من الجانب والدولة من جانب آخر، بوجوب احترام تلك الأصول.

٢٠٠/ ٢ ـ وتنص المادة (٥٦) من الدستور على كفالة إنشاء النقابات والاتحادات على أساس ديمقراطي وتكل إلى هذه الهيئات الأهلية الاضطلاع بمهام في تنفيذ الخطط والبرامج الاجتماعية ورفع الكفاءة ودعم السلوك الاشتراكي وتمنحها حق الدفاع عن الحقوق والحريات المقررة لأعضائها. وهذا جميعه إنما يفيد إجازة الدستور لحق التجمع الفرعي، في وحدات انتماء فرعية، على أساس من وحدة النشاط الممارس. الأمر الذي يمثل إلزاماً على القوى الأخرى، كالدولة والفرد بل والجماعة السياسية العامة ذاتها، بوجوب صون أصل هذا الحق المقرر للجماعات الفرعية، وعدم النيل منه البتة.

٢٠٠/ ٣ ـ كما نجد بعض الأصول الارتكازية التي تمس الفرد بالأساس، ولكنها من جهة أو أخرى تمس الجماعة والدولة. كالمادة (٤٠) من الدستور التي تقرر المساواة

بين المواطنين جميعاً أمام القانون في الحقوق والواجبات كافة، فلا تمييز بينهم بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة. وكذا المادة (٤٥) التي تقرر حرمة حياة المواطنين الخاصة وتقرر كفالة سرية المراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال، مع عدم جواز مصادرتها أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محدودة ووفقاً لأحكام القانون. والمادة (٤٧) التي تكفل حرية الرأي والتعبير والنشر، سواء بالقول والكتابة والتصوير وغير ذلك من وسائل التعبير، وتعتبر النقد الذاتي البناء ضمانةً لسلامة البناء الوطني. والمادة (٤٨) التي تكفل حرية الطباعة والنشر والصحافة وتحظر فرض رقابة على الصحف، حظرها إنذارها أو وقفها أو إلغاءها بالطريق الإداري. والمادة (٥٤) التي تكفل حق الأفراد في الاجتماع الخاص بهدوء غير حاملين للسلاح دون حاجة إلى إخطار سابق منهم. وقد كفلت لهم المادة (٥٥) منه حق تكوين الجمعيات مع حظر إنشائها إن كان نشاطها معادياً لنظام المجتمع أو سرياً أو ذات طابع عسكري. ونصت المادة (٦٢) على حق الأفراد في الانتخاب والترشيح وإبداء الرأي، واعتبرت مساهمة الفرد في الحياة العامة واجباً وطنياً بالأساس. كما منحت المادة (٦٣) الفرد حق مخاطبة السلطات العامة كتابة وبتوقيعه. وتلك جميعها أصول ارتكازية للوجود الضروري للفرد، الذي لا ينبني مكونه الإنساني إلا على هدى من تلك الحقوق.

٢٠٠/ ٤ ـ وقد نجد بعض من الأصول الارتكازية المقررة بحسب الأصل لصالح الفرد، بيد أن الخطاب المنطوي على مثل تلك النصوص يكون موجهاً بالأساس للدولة. كما في المادة (١٦) التي كلفت الدولة بكفالة الخدمات الثقافية والاجتماعية والصحية والعمل على توفيرها، كما كلفت المادة (١٨) الدولة بكفالة حق التعليم، وكلفتها المادة (٤٦) بكفالة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية. وكذا المادة (٤٩) بكفالة حرية البحث العلمي والإبداع الأدبي والفني والثقافي مع إلزامها بتوفير الوسائل الكافية لتحقيق ذلك.

٢٠١ ـ **أولاً: موقف القضاء الدستوري من الشريعة الإسلامية**: تعد الشريعة الإسلامية، الإطار العقدي العام للجماعة المصرية بأسرها، دون تمييز بين معتنقي الإسلام ديناً وغيرهم من الأقليات الدينية، باعتبار هذا الإطار يمثل انعكاساً لقيم وتقاليد هذه الجماعة، فالجماعة المصرية العامة تدين حضارياً بالإسلام. فما من منظومة فكرية فلسفية سادت حياة الجماعة المصرية، متغلغلة فيها، على النحو الذي شكلت على هداها أنماط سلوكها المعيشي كافة، وأطر مفاهيمها الكلية والجزئية، كما أحدثت منظومة الفكر الإسلامي، التي ضبطت حياة الجماعة المصرية عمراً ناهز الأربعة عشر قرناً دون منازع أو منافس. لذا فالإنسان المصري، ينطلق وينتهي، عند كليات هذه

المنظومة بوصفها إطاره الحضاري المميز لخصوصياته والمحدد لهويته. وهو وضع ما فتئ قائماً مسبغاً مفرداته الإسلامية على كليات الحياة المصرية، على الرغم من توالي موجات الهجوم الاستعماري التي صبغت القرنين التاسع عشر والعشرين بما استجلبته معها من نظم فكرية وفلسفية مغايرة للمنظومة الإسلامية. بل وعلى الرغم من تبني الدولة الرسمي في جملة معتنقها عديداً من تلك النظم الوافدة. وقد تجلت مقاومة الجماعة المصرية لهذه النظم الوافدة، في تمسكها بالإطار الحضاري الإسلامي، الأمر الذي يجد خير دلالاته فيما شهده الواقع المصري، بعد مرور أكثر من قرن على الهجر الرسمي للمنظومة الإسلامية، من ضغط جمعي للعودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية مرة أخرى، فلا تغدو الإطار العقدي الحاكم للواقع المعاش فحسب، بل ـ وبالأساس ـ مرجعاً فكرياً ينتظم الكيان القانوني للجماعة المصرية بأسرها، فضلاً عن ضبطه لأطر المعاملات الرسمية المتبناة من قبل الدولة ذاتها(١).

١/٢٠١ ـ وانطلاقاً من هذه الحقائق، وعلى هدى من مقتضياتها، صدر دستور مصر الحالي ناصاً بمادته الثانية، على أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع. بيد أن الأمر لم يكن ليتوقف عند هذا الحد، إذ لم تقنع الإرادة الجمعية بهذا النص وحسب، لتبدأ حلقة جديدة من الضغط الجمعي لم تنته إلا بتعديل هذا النص، لتصير مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، وبذلك تنفرد أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، بالمستوى المرجعي الأول للكيان القانوني القائم. وبذا نكون بصدد إرادة جمعية غالبة، تضغط في اتجاه تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، ليتبلور نص دستوري يعلي عن مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية مانحاً إياها مكانة مرجعية متفردة تعلو المرجعيات القانونية الأخرى كافة.

٢/٢٠١ ـ قضية الفوائد (المادة ٢٢٦ مدني): الأمر الذي كان من المتصور معه، والحال هذه، أن يتفاعل هذا مع ما صار مستقراً بالقضاء الدستوري، من حاكمية نصوص دستور سنة ١٩٧١ للقواعد القانونية كافة، سواء ما كان منها صادراً قبل صدوره أم ما صدر منها بعد صدوره، لينحى القضاء الدستوري منحى فرض رقابة شرعية على أحكام وقواعد الكيان القانوني القائم، انطلاقاً من منظور أصول الشريعة الإسلامية وقواعدها الكلية. بيد أن الأمر لم يسر في مجراه الطبيعي، إذ لم تلبث المحكمة الدستورية، أن سلكت سبيلاً مغايراً. ففي الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١ قضائية الدستورية، وإبان نظرها الطعن على دستورية المادة (٢٢٦) من القانون المدني التي تنص على أنه

---

(١) انظر: الدكتور محمد سليم العوَّا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ط ٢ دار المعارف بالقاهرة، ١٩٨٣، ص٣٢، حيث يشير إلى أن المطالبة بتطبيق الشريعة الإسلامية كانت الرغبة الأكثر شعبية عند وضع الدستور المصري الحالي.

«إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. . . . .».

حيث انصب الطعن على مخالفة هذا النص المقرر للفوائد لمبادئ الشريعة الإسلامية، كونها محض زيادة في الدين من دون مقابل، ومن ثم فهي إحدى صور الربا المتفق على تحريمه. إلا أن المحكمة اتجهت وجهة كان من شأنها أن قيدت نفسها زمنياً في خصوص إعمال أحكام المادة الثانية من الدستور، بدعوى أن هذه المادة إنما قيدت السلطة المفوضة بالتشريع بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع، ومن ثم فإن «سلطة التشريع اعتباراً من تاريخ العمل بتعديل العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور في ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ ـ أصبحت مقيدة فيما تسنه من تشريعات مستحدثة أو معدلة لتشريعات سابقة على هذا التاريخ، بمراعاة أن تكون هذه التشريعات متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية وبحيث لا تخرج ـ في الوقت ذاته ـ عن الضوابط والقيود التي تفرضها النصوص الدستورية الأخرى على سلطة التشريع في صدد الممارسة التشريعية. فهي التي يتحدد بها ـ مع ذلك القيد المستحدث ـ النطاق الذي تباشر من خلاله المحكمة الدستورية العليا رقابتها القضائية على دستورية التشريعات. لما كان ذلك وكان إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع على ما سلف بيانه لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذي فرض فيه الإلزام بحيث إذا انطوى أي منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع في حومة المخالفة الدستورية، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلاً من قبله، أي في وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائماً واجب الإعمال. ومن ثم، فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن أعمال هذا القيد، وهو مناط الرقابة الدستورية»[1].

وهكذا انتهت المحكمة إلى رفض الدعوى، لا على سند من عدم مخالفة النص لأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها، وإنما على أساس الرفض المبتدأ من قبل المحكمة لمناقشة النص في ضوء هذه المبادئ والأحكام، أي انحسار ولايتها عن هذا النص. وهو اتجاه، ما لبثت المحكمة الدستورية العليا أن اعتمدته نهجاً وسبيلاً في كل طعن دستوري على نص يُنعى عليه مخالفته أحكام الشريعة الإسلامية[2].

---

(١) المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٢٠ لسنة ١ق (دستورية)، جلسة ٤/٥/١٩٨٥، المرجع السابق، الجزء الثالث، القاعدة (٣٠)، ص٢٢١، ص٢٢٢.

(٢) انظر مثال هذا: الدعاوى أرقام: (٦٧)، (٦٨) لسنة ١٧ق، جلسة ٧/٩/١٩٩٦ ـ و (٢٦) لسنة ١٦ق، جلسة ١٦/١١/١٩٩٦ ـ و(٣٤) لسنة ١٧ق، جلسة ٤/١/١٩٩٧ ـ و(٦٥) لسنة ١٧ق، =

٣/٢٠١ ـ اضطراب منهج المحكمة في هذا الشأن: ولعل مما يزيد وجه الاستغراب حيال هذا الأمر، ليس النهج المجافي للمنطق القانوني الدستوري السديد، بل التناقض الذي وقعت فيه المحكمة ذاتها في غير مرة. إذ ثمة طعون دستورية، كانت قد انصبت على نصوص سبق تشريعها تاريخ تعديل المادة (٢) من الدستور، ومع ذلك ناقشتها المحكمة في ضوء مفاهيم مبادئ الشريعة الإسلامية، وأوضاع أحكامها القطعية، كالقضية رقم ٤ لسنة ١٥ق (دستورية)، التي انتهت فيها المحكمة إلى عدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، فيما نصت عليه من استمرار شركاء المستأجر الأصلي للعين التي كان يزاول فيها نشاطاً تجارياً أو صناعياً أو مهنياً أو حرفياً، في مباشرة ذات النشاط بها، بعد تخلي المستأجر عنها، وبسقوط فقرتها الثالثة في مجال تطبيقها بالنسبة إلى هؤلاء الشركاء. إذ يتبين من حيثيات الحكم، أن من ضمن ما استندت إليه المحكمة فيما انتهت إليه، مخالفة النص الطعين للمواد (٢)، (٧)، (٣٢)، (٣٤) من الدستور[1]. والأمر ذاته الذي نهجته المحكمة فيما أثير أمامها من طعن في المادة (١٠٩) من مجموعة الأرمن الأرثوذكس للأحوال الشخصية المعتمدة عام ١٩٤٦، التي كانت تنص على أن «تحضن الأم ولدها أثناء الزواج وبعد فسخه إلى أن يبلغ السابعة إذا كان ذكراً وإلى التاسعة إذا كان أنثى. وللمحكمة أن ترفع سن الحضانة إلى التاسعة بالنسبة للذكر، وإلى الحادية عشرة بالنسبة للأنثى». حيث انتهت المحكمة إلى عدم دستوريتها، مستندة من ضمن ما استندت عليه، إلى أحكام الشريعة الإسلامية، بحيثيات من أنه «لا تقيم الشريعة الإسلامية ـ في مبادئها المقطوع بثبوتها ودلالتها ـ ولا شريعة غير المسلمين من الأرمن الأرثوذكس ـ التي حدد الإنجيل المقدس ملامحها الأساسية ـ لسن الحضانة، تخوماً لا يجوز تجاوزها»[2].

٢٠٢ ـ نقد اتجاه المحكمة: الأمر الذي يتبين معه من الناحية المنهجية، أن ثمة عواراً يصم اتجاه المحكمة الدستورية العليا، وذلك من جانبين: فأما الجانب الأول، فهو مخالفتها في خصوص سيادة المادة الثانية بالنسبة لنصوص القانون، لنهجها العام الذي سلكته في عامة مواد الدستور. فحيث ذهبت في نهجها العام، حيال النصوص القانونية كافة، إلى امتداد النطاق الزمني لمواد الدستور كافة ليشمل تلك النصوص

= جلسة ١/٢/١٩٩٧ ـ و(٧٤) لسنة ١٧ق، جلسة ١/٣/١٩٩٧، من الجزء الثامن، المرجع السابق.

(١) المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٤ لسنة ١١٥ق (دستورية)، جلسة ٦/٧/١٩٩٦، المرجع السابق، الجزء الثامن، القاعدة (١)، ص٣٩، ص٥٦، ص٦٢.

(٢) المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٨١ لسنة ١٨ق (دستورية)، جلسة ٤/٤/١٩٩٨، المرجع السابق، الجزء الثامن، القاعدة (٩٦)، ص١٢٧٣، ص١٢٤٨.

القانونية جمعاء دون تمييز، سواء منها ما شرع قبل العمل بالدستور أم ما شرع بعد العمل به. نجدها نهجت مسلكاً مغايراً في شأن المادة الثانية من الدستور، إذ حصرت نطاقها الزمني في تلك القوانين الصادرة قبل العمل بالتعديل الذي أدخل عليها في ٢٢/ ٥/ ١٩٨٠ وحسب. معتبرة أن حكم المادة الثانية المذكورة، لا يعدو كونه توجيهاً للمشرع فقط كي ينعقد عمله متفقاً وأحكام الشريعة، هو التوجيه الذي لا يقيده سوى في المستقبل من تشريعات. ومن ناحية أخرى، قررت المحكمة أن ما ورد بهذا النص لكي يقيد المحكمة في إعمال رقابتها، إنما يتحدد بدوره زمنياً، بما يصدر من تشريعات بعد التاريخ المذكور آنفاً، فهذه النصوص هي وحدها التي تخضع لرقابة المحكمة من حيث مدى توافقها مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

٢٠٢/ ١ ـ بيد أن ذاك الذي انتهت إليه المحكمة، لا يجد ما يتأسس عليه منطقاً، فما هي دلائل تمييز هذا النص خاصة عن باقي مواد وأحكام الدستور على النحو الذي يؤدي إلى انحصار مجال تطبيقه زمنياً. كما أنه من المعروف أن نصوص الدستور بما تتضمنه من تكاليف وأوامر لا يقتصر اقتضاؤها على أحد أو على بعض الأفراد أو الجماعات أو بعض مؤسسات الدولة فحسب، إنما هي أحكام وقواعد تخاطب الكافة، أي كل من يقيم على الإقليم المصري، أفراداً وجماعات ومؤسسات وأجهزة. فكيف للمحكمة أن تقصر زمنياً، التكليف الوارد بالمادة الثانية على سلطة التشريع وحدها، باعتبارها المخاطب بها دون غيرها وتتنصل بذلك من التزامها الأصلي برقابة الدستورية ناكلة عن إعمال ولايتها في شأن بعض القوانين بزعم أن نص المادة الثانية من الدستور لا يخاطب سوى المشرع الحالي فحسب، ومن ثم فلا يخاطب المحكمة الدستورية ذاتها في أي من الشؤون التشريعية السابقة زمنياً على التعديل المذكور، أي لا يخاطبها سوى في الشؤون التشريعية اللاحقة تاريخاً على ذلك التعديل.

٢٠٢/ ٢ ـ ومن جانب آخر، لم تلتزم المحكمة الدستورية هذا النهج على نحو كامل قطعي، وإنما خرجت عنه في غير قليل من قضائها، على النحو الذي يثير عديداً من التساؤلات ويطرح كثيراً من الشكوك، حول اتجاهات المحكمة في هذا الخصوص، وما إذا كان ثمة اعتبارات غير الاعتبار القانوني، تلقي بظلالها على قضائها. إذ من الناحية الموضوعية، فإن هذا الاتجاه الغالب على قضاء المحكمة الدستورية العليا في خصوص تطبيق المادة (٢) من الدستور يفضي في محصلته النهائية، إلى أن ثمة نصوص تشريعية تنفلت من سيادة الدستور ـ المادة (٢) ـ فينحسر حكمه عنها وهي النصوص التي تكون قد صدرت قبل العمل بهذه المادة. الأمر الذي يفصح عن أن ثمة إرادة تعلو الإرادة الشعبية للجماعة التي يرتكز عليها الدستور في أصل شرعته، وسند سموه وتسيده على نحو ما أفصحت ديباجته ذاتها. وهذا يناقض أصول البناء القانوني والفلسفي للدولة بل

ويناقض التطور الذي لحق نظرة المحكمة الدستورية حديثاً لفلسفة الدستور باعتباره تعبيراً عن الإرادة الشعبية. فكيف يتأتى بعد هذا، القول بأن ثمة إرادة ترتد إلى غير الإرادة الشعبية، تتعين قيداً عليها بل ويمكنها فرض تصوراتها المخالفة لتصورات هذه الإرادة الشعبية؟

٢٠٣ ـ أثر نهج المحكمة في شأن المادة الثانية من الدستور على فكرة النظام العام: وأياً ما يكون الأمر، فما يعنينا في هذا الخصوص هو تأثير هذا المنهج المنتقد، على مفهوم فكرة النظام العام وقواعده. فالإسلام في ذاته رباط عقدي للكثرة الغالبة من الجماعة المصرية وهو الإطار الحضاري لتلك الجماعة بأسرها، بما فيها الجماعات ذات الانتماء الفرعي غير المسلمة. ومن ثم فالإسلام على مستوى الفرد المسلم، معتنق أيديولوجي، يعين له أنماط حياته، ويضبط له مناحي سلوكه، يحدد طموحه، على النحو الذي تتشكل به هويته. ومن خلال هذه المكانة، يضحى الإسلام خياراً حضارياً للجماعة المصرية وتغدو أحكام الشريعة الإسلامية المنظمة لحياة الأفراد والجماعات ضرورة لزوم لاستقامة تلك الجماعة. فإذا كانت الإرادة الشعبية للجماعة المصرية، قد أفصحت عن رغبتها في سيادة مبادئ الشريعة الإسلامية، باعتبارها المصدر الرئيسي للتشريع، وذلك بمنح مبادئ وأحكام هذه الشريعة مكانة المرجعية العليا حيث تتمتع بالأولوية على باقي المرجعيات، أي تنفرد بدرجة الحاكمية العليا. وكانت هذه الجماعة، قد تمكنت في ظرف تاريخي نادر الحدوث من أن يؤتي ضغطها أُكله، فتستجيب الدولة لمقصدها، وذلك بتعديل المادة الثانية من الدستور، لتصير الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع. أقول إذا كان ذلك كذلك فإننا نكون بصدد وضع نادر الحصول، حيث يتطابق أحد عناصر المكون الضروري لوجود الدولة مع أحد عناصر المكون الضروري لوجود كلٍ من الجماعة والفرد، وحيث ترتضي الدولة ـ مسبقاً ـ التزام الإطار العقدي للجماعة المصرية.

هذا الوضع كان من الجدير بالمحكمة الدستورية العليا أن تلتزم آثاره ونتائجه التي تتعين في سيادة مبادئ الشريعة الإسلامية من الناحية الفعلية على القواعد القانونية القائمة كافة، بحيث تصير مبادئ الشريعة الإسلامية أصولاً يتعين الحكم على النصوص القانونية الطعينة كافة على هدى منها، وعلى الأخص حال ما إذا تعين وجه الطعن في مخالفة الشريعة الإسلامية. غير أن الحاصل كان نقيض ذلك، إذ نكلت المحكمة عن تسويد مبادئ الشريعة الإسلامية على قطاع عريض من النصوص القانوني، بدعوى صدورها في تاريخ سابق على تاريخ التعديل الدستوري، أي في تاريخ ينحسر فيه عن مبادئ هذه الشريعة العلو المرجعي المقرر بموجب صريح نص المادة الثانية من الدستور. الأمر الذي يزيد فداحة إذا ما تكشف لنا أن أهم القوانين التي يتأصل عليها

الكيان القانوني، كانت قد صدرت قبل حصول التعديل التشريعي المشار إليه.

٢٠٣/١ ـ والبادي أنه بانتهاج المحكمة الدستورية العليا هذا المنهج في شأن تطبيقها للمادة (٢) من الدستور، تكون قد خالفت قاعدة نظام عام، وهي قاعدة ارتكازية وفوقية في وقت واحد. وآية ذلك أنه بحكم كون الشريعة الإسلامية إطاراً عقدياً للجماعة ومشروعاً حضارياً لها، تضحى من قواعد النظام العام الكائنة بالمستوى الارتكازي من هيكل مستويات مفهوم فكرة النظام العام. كما أنها بحكم تبني الدولة لمبادئها باعتبارها المصدر الرئيسي للتشريع وارتضائها التزامها، تغدو قاعدة نظام عام كائنة بالمستوى الفوقي لهيكل المفهوم سالف الإشارة. ولما كان الحكم القضائي هو تعبير عن إرادة الدولة، تلك الإرادة الممثلة في ولاية فصل القضاء في منازعة معروضة حسماً لها، وهذا القضاء يُعد تصرفاً قانونياً بما ينشئه من مركز قانوني إجرائي جديد لم يكن موجوداً من قبل، فنكون بصدد إرادة تتجه صوب إحداث تصرف قانوني بغية ترتيب آثار قانونية. فمن ثم يكون قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن تطبيق المادة الثانية من الدستور، الذي تنصلت فيه المحكمة من فرض سلطان تلك المادة على القوانين والتشريعات التي تكون قد صدرت قبل التعديل الدستوري الذي أدخل عليها، ـ أقول ـ يكون منطوياً على مخالفة لقاعدة من قواعد النظام العام. وعليه والحال هذه، يضحى مثل هذا القضاء في مخالفته لقاعدة من قواعد النظام العام، معيباً بعيب، يصمه بخلل بينٍ، يصيب بناءه وتكوينه الذاتي. ولنا على هذا الخلل عدد من الملاحظات، يكتمل بها ما نقصده بهذا الانتقاد:

الملحوظة الأولى: أن كل عيب يصيب الأحكام فيفضي إلى بطلانها يستلزم وجود جهة قضائية تتقرر لها ولاية القضاء به. هذه الجهة إما أن تكون جهة عليا يوكل إليها مهمة الطعن أمامها في هذه الأحكام، وإما أن تكون ذات الجهة القضائية التي قضت بالحكم الطعين كما في دعاوى البطلان الأصلية. وفي خصوص قضاء المحكمة الدستورية العليا، فإن القانون المنظم لإجراءات هذه المحكمة، لم يورد ذكراً للطعن في قضائها، كما لم ينفتح به السبيل أمام دعاوى البطلان الأصلية. الأمر الذي يظل معه العيب الذي قد يلحق أياً من أحكام المحكمة الدستورية العليا في هذا الخصوص، كامناً في ذوات تلك الأحكام، دون أن يصحبه أي آثار خارجية، يمكن أن تؤثر في ماهية الحكم أو وجوده وحجيته. والمقصود لدينا بهذا الخصوص، أن العوار الذي يشوب حكم الدستورية ويصم ما انتهى إليه بالخلل هو عوار يلحقه من الناحية الموضوعية. ذلك أنه إذا شئنا تقسيم أركان وعناصر صحة الوجود لأي حكم قضائي نجدها تنقسم إلى قسمين عامين. قسم شكلي وهو الأوضاع الشكلية التي يتعين استواء الحكم على هدى منها. وقسم موضوعي وهو أوضاع اتفاق الحكم مع مقتضى القانون

والدستور عند الفصل فيما هو معروض أمام القضاء. والحاصل في الحالة الماثلة، أن حكم المحكمة الدستورية العليا يكون من الوجهة الشكلية موافقاً للقانون أي مستوفياً الأوضاع الشكلية، التي تستلزمها اعتبارات صحته شكلاً. بيد أنه ولكونه من الناحية الموضوعية يرد مخالفاً لقاعدة من قواعد النظام العام، لامتناع المحكمة عما هو واجب عليها من مراقبة مدى موافقة النص الطعين للمبادئ الرئيسية للشريعة الإسلامية ـ الأمر الذي يزيد فداحة إن كان النص مخالفاً حقيقة لأي من تلك المبادئ ـ. فمن ثم نكون بصدد عوار قد أصاب هذا القضاء، من الوجهة الموضوعية، متمثلاً في عدم إفصاح ذلك القضاء عن الحقيقة المظنونة، اعتباراً بما هو مقرر بصريح نصوص الدستور، من وجوب التزام المحكمة الدستورية مهمة الفحص الكامل الشامل لحدود دستورية ما يطعن فيه أمامها من نصوص، ولا تجيز الا ما يثبت بالظن المقطوع به موافقته للدستور. فإذا كان الأمر في شأن الأقضية كافة ـ الجنائية والمدنية والتجارية والإدارية وتلك المتعلقة بالأحوال الشخصية ـ التي تنظرها جهتي القضاء العادي والإداري، أنها جميعها مما يجوز فيه من الوجهة التنظيمية تفادي مثل هذا العوار الموضوعي، وذلك بانفتاح سبيل الطعن فيما يصدر بشأنها من أحكام، قد لا تصادف من الوجهة الموضوعية صحيح القانون وصريح المشروعية، رغم ما قد تتمتع به من اكتمال لعناصر الصحة الشكلية، أمام جهات الطعن المخصصة لهذا الشأن. فإن الأمر يختلف في الدعاوى الدستورية، إذ ليس ثمة جهة طعن تعلو هذه المحكمة، يمكن التداعي أمامها، بإعادة إثارة ما يعتور قضاء المحكمة من خلل مرده إلى عيوب موضوعية تلحق التكوين الذاتي لهذا القضاء. إذ مفاد الحال القائم أنه ما دامت قد اكتملت للحكم الدستوري عناصره الشكلية بتمامها صحيحة، فإنه يكون صحيحاً صحة لا تنحصر في الصحة الشكلية فحسب، وإنما هي صحة تمنح هذا القضاء القوة الكافية للتهيؤ في الوجود الخارجي حكماً مكتمل الأركان والشروط، صالحاً لترتيب آثار الحجية كافة باعتباره حكماً باتاً تتحقق له موجبات احترامه وإنفاذه. غير أن تلك الصحة الشكلية وذاك الوجود الخارجي ذو المظهر المتكامل، لا يغير من حقيقة كنه موضوع الحكم الموصوم بالعوار. الأمر الذي يجعل هذا الحكم، وعلى الرغم من صحة ابتنائه الخارجي، غير معبر عن الحقيقة التي يتعين دوماً أن يكون عنوانها. ومن جانب آخر، يكون من المتعذر مهاجمة هذا القضاء أمام المحكمة الدستورية بدعوى بطلان أصلية، لانغلاق مثل هذا السبيل في خصوص أقضيته. الأمر الذي ليس معه سوى احترامه وإنفاذه مؤقتاً.

الملحوظة الثانية: أن هذا الذي تقدم، ليس معناه انتفاء كل تأثير لهذا الخلل على أصول هذه الأحكام، إذ وعلى الرغم من استمرار حجيتها وبقاء وجودها قائمة مرتبة لآثارها، فإن ثمة آثار أخرى ينتجها هذا العيب. أول هذه الآثار أن هذه الأحكام لا

يمكن التعويل عليها في إنشاء اتجاه قضائي يكون مصدر إلزام للمحكمة ذاتها باعتباره مبدأ من مبادئها. أي أنه لا يمكن القول بأن من مبادئ المحكمة الدستورية العليا، عدم جواز الطعن على النصوص القانونية والتشريعية التي تصدر قبل العمل بالتعديل التشريعي الوارد على المادة (٢) من الدستور. إذ المبادئ التي يكون لها الاستقرار وتتوافر فيها مؤهلات الإلزام هي تلك التي تكون صحيحة مشروعة لا يعتريها عارض ولا تصِمها شائبة، بحيث تكون عنواناً حقيقياً عن الحقيقة المظنونة، لا عنواناً عن حقيقة متوهمة غير صحيحة. فما بالنا وأحكام ـ يدعى أنها مبادئ ـ تخالف قواعد النظام العام ذاته. هذه الأحكام حسب التحليل المتقدم، لا تصلح لابتناء مبدأ في هذا الخصوص، ولا يمثل استقرار قضاء المحكمة عليها اتجاهاً قضائياً ملزماً. ولا يعدو الأمر في حقيقته أن يكون إصراراً من قبل المحكمة الدستورية العليا على خطأ يتمثل في مخالفة قاعدة من قواعد النظام العام.

الملحوظة الثالثة: أن مخالفة المحكمة لقاعدة من قواعد النظام العام ـ ألا وهي وجوب تسويد مبادئ الشريعة الإسلامية على كيان النظام القانوني أجمع، بكل تشريعاته وقوانينه، وبكل نصوصه وأحكامه، دونما تمييز بينها، أياً ما يكن مناط التمييز ـ، هذه المخالفة من قبل المحكمة الدستورية، غير معدومة الأثر على مثل ذلك الحكم، الذي يكون قد اعتور مضمونه عيب يصيبه بخلل بالغ، رغم ما يتمتع به من حجية بت وقوة نفاذ. هذا الأثر يبدو في النيل من حجية هذا الحكم، إذ يحيلها من حجية باتة مطلقة إلى حجية مؤقتة منقوصة، مما يفضي بقوة نفاذه إلى وضع من القصور الشديد. هذا التأقيت الذي يصيب حجية الحكم يجد مظهره، في إمكان إعادة إثارة ذات النص المنازع في دستوريته ثانياً أمام ذات المحكمة الدستورية، متبعاً في خاصته طرق الطعن العادية المقررة، مما يعني أن حجية الحكم الصادر برفض الدعوى ليست حجية مطلقة سارية على الدوام وإنما هي مؤقتة زمنياً حتى تتم إثارة المنازعة في ذات النص ثانية. وبذلك يحرم مثل هذا الحكم من حصانة عدم جواز الطعن فيه ثانية أمام المحكمة، وتحرر المحكمة عند نظر الطعن الجديد من قيد وجوب رفض الدعوى الدستورية لسابقة الفصل فيها إذا كان الحكم الأول معيباً بعيب مخالفة قاعدة من قواعد النظام العام الارتكازية بل والفوقية في الوقت نفسه، فمن ثم تضحى آثاره المفترضة لكل حكم، ناقصة قاصرة مؤقتة على نحو ما تقدم هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن القضاء الدستوري أو قضاء رقابة الدستورية، هو في حقيقته قضاء نظام عام، إذ بحكم ما هو منوط به من حفظ للدستور وصون له، وبحكم كون الدستور في الصياغة النظامية للكيان القانوني، هو الإطار المرجعي الأعلى الضابط لأصول هذا الكيان وأسسه، والمعبر عن القواعد الأساسية المنبني عليها هذا الكيان، يضحى وثيقة معبرة عن النظام العام متعينة

الصون، أو على أقل تقدير وثيقة معبرة عن المستوى الفوقي لمفهوم فكرة النظام العام، إن لم تكن معبرة ـ أيضاً ـ عن كثير مما ينطوي عليه المستوى القاعدي الارتكازي لهذا المفهوم. الأمر الذي يغدو معه القضاء الدستوري المنوط به صون هذه الوثيقة قضاء نظام عام. فما الوضع وقد قام هذا القضاء بإنكار واجب موكول إليه ولو بصفة جزئية، بدعوى عدم جواز رقابته دستورية بعض من القواعد القانونية، تلك التي تكون قد شرعت قبل تاريخ معين، وذلك ـ بوجه خاص ـ من جهة اتفاقها أو اختلافها مع مبادئ الشريعة الإسلامية، مقيداً ولايته في فرض رقابته بإطار زمني لا يبدأ إلا من تاريخ وضع نص المادة (٢) من الدستور وبعد تعديلها في ٢٢/ ٥/ ١٩٨٠، مفسراً هذا النص على أنه لا يتضمن إلا تكليف السلطة التشريعية مستقبلاً بوجوب التزامها مبادئ الشريعة الإسلامية نهجاً، فلا تخالفها فيما تشرعه بعد هذا التاريخ آنف البيان. مثل هذا الوضع أقل ما يمكن وصفه به هو مناقضة مقصود الإرادة الشعبية وما اتجهت إليه عند تعديلها لنص المادة (٢) من الدستور، فهذه الإرادة عندما قررت مثل هذا التعديل، قامت بصياغته صياغة عامة غير مخصوصة زمنياً وغير مقصورة تكليفاً، مطلقة غير مقيدة بأي اعتبار. وعليه وجب تفسيرها على هذا النحو من الإطلاق والعمومية، أي يجب حملها في إطار مقصودها، وعدم تأويل هذا المقصود على أي نحو ينحى بالنص إلى التحدد زمناً أو الاقتصار موضوعاً على بعض النصوص دون بعض. كون الإرادة الشعبية إن كانت قد شاءت أياً من ذلك، ما كانت ليعوزها السبيل للتعبير عن نفسها على هذا النحو المبتغى، فأما ولم يحصل هذا، فيغدو مثل ذاك التفسير المقيد المبتسر لرحابة إطلاق النص وعموميته، مخالفاً للمعنيّ بالنظام العام، مخالفة إن شابت أي قضاء دستوري وصم بعيب مخالفة النظام العام لما فيه من خلل يؤدي به إلى ترتيب الآثار سالفة الإشارة.

٢٠٤ ـ **سبب المذهب المنتقد**: والبادي أن ذاك الذي نهجته المحكمة الدستورية، في شأن موقفها من مبادئ الشريعة الإسلامية وفق رؤيتها لكيفية تطبيق نص المادة (٢) من الدستور، إنما صدر اعتماداً على تقدير خاطئ من جانبها لمكانة مبادئ الشريعة الإسلامية في النسق الهيكلي لمفهوم فكرة النظام العام. إذ يبدو أن المحكمة الدستورية تعاملت مع نص المادة الثانية من الدستور، انطلاقاً من تصور انتماء مبادئ الشريعة الإسلامية إلى المستوى الفوقي لهذا الهيكل، أي عدتها من أصول وكليات الوجود الضروري للدولة. الأمر الذي يبرر تحييز تطبيق هذه المبادئ زمنياً، إذا إرتأت الدولة صالحها في ذلك حتى وإن استند هذا التحييز إلى أسانيد تفتقر للمظهر القانوني أو النص الشرعي، فالواجب احترام هذا الأمر والقيام على مقتضياته بتطبيق نص المادة (٢) من الدستور تطبيقاً يتفق والمقصد الذي ترتأيه الدولة محققاً لصالحها. وآية ذلك، أن

المتابع للتوجه الرسمي للدولة، إبان التعديل الذي أدخل على المادة الثانية من الدستور الخاصة بمبادئ الشريعة الإسلامية التي صارت بمناسبة هذا التعديل المصدر الرئيسي للتشريع، يجده كان محموماً بإعادة توفيق الوضع القانوني، على هدى من أحكام الشريعة الإسلامية، فكما تم تعديل هذه المادة على النحو المذكور آنفاً، تم إعداد مشروعات كاملة للقوانين الأساسية، تتفق وأحكام هذه الشريعة الغراء. هذا المسلك هو الذي دعا اللجنة الخاصة بإعداد هذا التعديل الدستوري، إلى أن تورد بتقريرها عن مقاصد التعديل عبارة أن المادة الثانية إنما «تلزم المشرع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها مع إلزامه بعدم الالتجاء إلى غيرها، فإذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حكماً صريحاً، فإن وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية، تمكن المشرع من التوصل إلى الأحكام اللازمة، والتي لا تخالف الأصول والمبادئ العامة للشريعة. هذا الأمر حدا بالمحكمة الدستورية، إلى تفسير نص المادة الثانية المعنية من خلال سياقها التاريخي، فقامت بتحييز التكليف الوارد بها، قاصرة إياه على المشرع وحده دون غيره من المؤسسات الأخرى، كما قامت بتحييز نطاق سريانها الزمني، فيما هو لاحق على التعديل الذي تم في ٢٢/ ٥/ ١٩٨٠. يضاف إلى ذلك العدول في رؤى الدولة الذي حصل بعد ذلك، حيال الأمر برمته، متمثلاً في نكوصها عن المضي فيما شرعت فيه فلم تصدر هذه القوانين المذكورة، وتباطأ الحماس لإسباغ الوجه الإسلامي على مظاهر نشاطها، وهي أمور دعمت موقف المحكمة الدستورية في تفسيرها لنص المادة (٢) من الدستور على النحو المبين آنفاً.

١/٢٠٤ ـ حكم المادة الثانية من الدستور في هيكل النظام العام: بيد أن الأمر في حقيقته هو خلاف ما انتهت المحكمة الدستورية، بل هو على طرف نقيضه. فبداية، ما الشريعة الإسلامية إلا كل من كليات الوجود الضروري للجماعة المصرية وللفرد المصري، فهي خيارهما الحضاري، كما أنها الإطار العقدي للكثرة الغالبة لهذه الجماعة. فمطالع القوى الجمعية الضاغطة، إبان حصول ذاك التعديل، يشهد ضغطاً جمعياً في اتجاه تطبيق الشريعة الإسلامية، كي تصير حاكماً وضابطاً للحياة القانونية بمصر. ومن ثم فإن وقوع التعديل في نص المادة الثانية، لم يكن سوى استجابة لهذا الضغط الجمعي، هذا من جانب. ومن جانب آخر، فإن مطالعة الدساتير المصرية كافة، منذ بداية الحياة الدستورية في مصر بموجب دستور١٩٢٣، يجد أن ثمة نصاً متكرراً في كافتها يقرر أن «الإسلام دين الدولة»، الأمر الذي قررته المادة (١٤٩) من الدستور المشار إليه، والمادة (١٣٨) من دستور١٩٣٠، والمادة (٣) من دستور ١٩٥٦، والمادة (٥) من دستور ١٩٦٤، وأخيراً المادة (٢) من دستور ١٩٧١. وهو ما يفيد ثباتاً مستقراً،

عبر المراحل التاريخية المتباينة، على كينونة الإسلام ديناً رسمياً للدولة. وذلك على الرغم من تقلب الوضع السياسي ما بين نظام ملكي إلى نظام جمهوري، وما بين نظام برلماني إلى نظام رئاسي إلى نظام مشترك، فضلاً عن تقلب الوضع الاجتماعي الاقتصادي من منظومة إلى أخرى. وعلى الرغم من ذلك جميعه، لم تتغير حقيقة الموقف الرسمي من الإسلام باعتباره ديناً رسمياً للدولة. هذا الأمر بما يفصح عنه من ثبات، لا يخلو من دلالة على أن الموقف الرسمي للدولة في هذا الخصوص، إنما كان كشفاً عن موقف جمعي بالأساس، حيث لا يعدو كونه إقراراً تشريعياً وضعياً لحقيقة أكثر رسوخاً وأبعد بقاء وأعمق دلالة عما هو وارد بالنص الدستوري، حقيقة تتمثل في أن الإسلام هو الخيار الأيديولوجي للجماعة المصرية، خيار لم يكن أمام الدولة سواه خياراً استراتيجياً؛ وهو أمر تكلل منتهاه فيما نصت عليه المادة الثانية من دستور مصر الحالي - دستور ١٩٧١ - حتى من قبل التعديل، إذ يكفي انتهاج الدستور للشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع، وسكوته عند ذكر أي مصدر آخر له، للقول بأنه قد عبر بالموقف الرسمي خطوة أخرى للأمام، فلم يعُد الإسلام مجرد دين رسمي للدولة، بل صارت مبادؤه أيضاً من مصادرها الرئيسية للتشريع. وهو ما يفيد كشفاً عن موقف جمعي متأصل، يعتد بهذه المبادئ أصلاً لوجوده الضروري. وعليه فإن قامت الدولة وتحت ضغط شعبي، بالكشف الكامل عن هذه الإرادة الجمعية، مقرة بمبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع فإنها تكون قد تبنت أحد الخيارات الجمعية، وهي محاولة من جانبها للاقتراب من أصول الوجود الضروري للجماعة التي تقوم بحكمها وتنظيم شؤونها. وعليه فإنه وأياً ما يكون مقصودها مما أوردته بنص المادة الثانية، سواء قبل تعديلها أم بعده، فإن هذا لا ينال البتة من أصل ما هو واقر بالاعتقاد الجمعي والإيمان الشعبي، من كون الشريعة الإسلامية كلاً من كليات الوجود الضروري للجماعة، وأصلاً من أصول مكونها الحضاري. مما لا مناص معه من اعتبار الشريعة الإسلامية ومبادئها، شاغلة المستوى الارتكازي القاعدي لمفهوم فكرة النظام العام، شغلاً يقيد ويلزم كل ما يرد بالإطار الفوقي العاكس لكليات الدولة، على النحو الذي يتعين معه، أن يتم تفسير هذا الفوقي، في ضوء أحكام وقواعد المستوى الارتكازي. وعليه، والتزاماً بمنطق تدرج مفهوم فكرة النظام العام مع توزع قواعدها تدرجاً على مستوياته، يغدو من غير الجائز اعتماد تفسير لنص المادة الثانية من الدستور، يناقض ذلك الفهم المتقدم، فيؤدي بمبادئ الشريعة الإسلامية إلى التحوصل بإطار مقيد محدود مجالاً وزماناً، يخالف ما يفصح عنه وجوده بالمستوى الارتكازي. وعليه تكون المحكمة الدستورية العليا بما تبنته نهجاً في نظرتها إلى نص المادة (٢) من الدستور، قد جعلت مبادئ الشريعة الإسلامية، من قواعد النظام العام الموجودة بالمستوى الفوقي من هيكل مفهوم النظام العام، حال

أن الأمر في حقيقته إنما يفصح عن كون مبادئ الشريعة الإسلامية، من قواعد المستوى الارتكازي القاعدي لهذا الهيكل، ما يتعين معه تفسير هذه المبادئ على هدي جوهرها باعتبارها الكائنة بالمستوى الارتكازي لا بمظهرها البادي في المستوى الفوقي.

* * * *

٢٠٥ ـ ثانياً: موقف المحكمة الدستورية العليا من التعليم وأصول المكون الثقافي (عقيدةً وفكراً): نص الدستور في المادة (٩) على أن «الأسرة أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق والوطنية». كما نص في المادة (١٢) منه على أن «يلتزم المجتمع برعاية الأخلاق وحمايتها والتمكين للتقاليد المصرية وعليه مراعاة المستوى الرفيع للتربية البدنية، والقيم الخلقية والوطنية والتراث التاريخي للشعب والحقائق العلمية والسلوك الاشتراكي والآداب العامة، وذلك في حدود القانون». ونص في المادة (١٨) منه على أن «التعليم حق تكفله الدولة. وهو إلزامي في المرحلة الابتدائية، وتعمل الدولة على مد الإلزام إلى مراحل أخرى، وتشرف على التعليم كله، وتكفل استقلال الجامعات ومراكز البحث العلمي، وذلك كله بما يحقق الربط بينه وبين حاجات المجتمع والإنتاج». كما نصت المادة (١٩) منه على أن «التربية الدينية مادة أساسية في مناهج التعليم العام». وجاءت المادة (٤٦) منه لتنص على أن «تكفل الدولة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية». وهو ما أعقبه نص المادة (٤٧) منه التي تقرر أن «حرية الرأي مكفولة ولكل إنسان التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون...». وكذا المادة (٤٩) التي قررت أنه «تكفل الدولة للمواطنين حرية البحث العلمي والإبداع الأدبي والفني والثقافي وتوفير وسائل التشجيع اللازمة لتحقيق ذلك».

٢٠٥/١ ـ الدستور كشف عن المكون الحقيقي للهوية المصرية: يتبين مما تقدم، أن الدستور وقد أقام المجتمع في لبنته الأولى على الأسرة، فقد أصل الأخيرة على هدى من أطر الدين العقدية والأفكار الخلقية السائدة إضافةً إلى مبادئ الوطنية، ملقياً على الجماعة عبء رعاية الأخلاق وحمايتها وحفظ الموروث من التقاليد الأصيلة الخلقية والوطنية، فضلاً عن التأكيد على الموروث التاريخي للجماعة وصون الآداب العامة والحقائق العلمية والتزام السلوك الاشتراكي، وذلك كله في حدود القانون. الأمر الذي يكون الدستور معه قد صادف صحيح الحق والواقع، بما كشف عنه، من كون الدين والأخلاق والموروث الثقافي والتاريخي والآداب السائدة والتقاليد الأصيلة هي أصول المكون الضروري للجماعة المصرية، ومن ثم فما يعبر عنها من قواعد قانونية إنما يرد ضرورة في المستوى الارتكازي القاعدي لهيكل مفهوم فكرة النظام العام. الأمر الذي تضحى معه تلك الحقائق مجالاً محجوزاً للعقل والضمير الجمعيين مما لا سبيل

معه لتدخل الدولة على نحو يتضمن مساساً بأي من تلك الأصول التي تعد معتنقاً جمعياً. وكل ما يتبقى لها من حق والحال هذه ـ على ما جاء بعبارة «وذلك في حدود القانون» بعجز المادة (١٢) من الدستور ـ هو القيام بالكشف عن الموقف الجمعي بهذه الجوانب، لأجل بلورتها في هيئة نصوص تشريعية، ليتحدد دور الدولة على هذا النحو، إنحصاراً بدائرة الترجمة القانونية المفصحة عن حقائق كامنة سائدة من قبل.

٢٠٥/ ٢ ـ حرمان الجماعة من توجيه التعليم: بيد أنه ومن جانب آخر، وفي خصوص الشأن التعليمي داخل الجماعة، فقد أبى الدستور، ومن بعده القوانين المنظمة لهذا الشأن كافة، أن يتركه محجوزاً ولو في شق منه للجماعة والفرد، كي ينتظمونه على النحو الذي يتفق وأوضاع مكونهم الضروري. فالتعليم بحسب الأصل هو أحد منابع تكوين العقل الفردي وتشكيل وعيه الجمعي، لذا فهو بهذه المثابة أهم آليات صون الهوية الجمعية للجماعة والفرد، كونه الضابط لعقل الفرد وعناصر هويته الجمعية بأبعادها الثقافية والعقدية والفكرية، والحافظ للموروث الجمعي بأبعاده الأمنية والأيديولوجية والأولويات التنظيمية، وهي جميعها التي يستقيم بها بناء المجتمع الحضاري وتتشكل خصوصيات هويته الثقافية. الأمر الذي على هداه ارتأى الدستور، ورغم شهادته بأن التعليم حق للأفراد، فرض سلطان الدولة الكامل عليه، سواء من وجهة الإشراف عليه، أم من وجهة حقها الكامل في سياسته على نحو ما يتحقق به الربط المبتغى لحاجات المجتمع بأولويات الدولة وضرورات الإنتاج. وذلك في مقاربة دستورية أدت إلى نزع آلية التعليم من يد الجماعة لوضعها بيد الدولة. وعليه يصير المنظم للشأن التعليمي، هو ما تراه الدولة في خاصته فحسب، سواء تبلورت هذه الرؤية في صورة قوانين تشريعية أم قرارات تنظيمية أم أخذت شكل الإشراف التنفيذي على الهيئات التعليمية وفروعها بمدارسها ومعاهدها وكلياتها. ذلك الوضع أفرز حالاً بمقتضاه تم نقل عناصر التنظيم التعليمي كافة إلى المستوى الفوقي من هيكل مفهوم النظام العام. وهو الوضع الذي حرم الجماعة من المشاركة في تقدير حدود هويتها الثقافية وموروثها الحضاري، فضلاً عن صونها، وأضعف مقاومتها في وجه موجات التغريب والتغييب الفكري التي تتعرض لها منذ قرابة قرنين من الزمن، خاصة في ظل غياب الاهتمام الرسمي للدولة على تأكيد عناصر التميز الحضاري والثقافي للجماعة المصرية. ولا تخفى آثار ذلك جميعه على الوضع التعليمي العام، بعد أن غيبت الجماعة بالكامل من ساحة ذاك النشاط.

٢٠٥/ ٣ ـ الدستور وحرية الفرد: ومن جانب ثالث، يتبين أن الدستور، مصادفاً وجه الحق، قد كشف عن حقيقة واقع عدد من الحريات الثابتة، وهي تلك المتعلقة بالاعتقاد وممارسة الشعائر الدينية وإبداء الرأي وممارسة التعبير بكافة وسائله، وكذا حق الإبداع الأدبي والفني والثقافي فضلاً عن البحث العلمي، وهذه جميعها حريات تظهر

الصياغة الدستورية المتعلقة بها، أنها محجوزة للفرد باعتبارها من أصول مكونه الضروري، ومن ثم تشغل انعكاساتها القانونية، المستوى الارتكازي القاعدي لهيكل مفهوم النظام العام، ليتبلور دور الدولة في هذا الخصوص، كفيلاً ضامناً فحسب لاسباب تحقق هذه الحريات وتوفير سبلها.

* * * * *

٢٠٦ ـ غير أن الأمر، لم يكن ينعقد انتهاءً، على هذا النحو الذي تفصح عنه القراءة اللفظية لنصوص الدستور، بتلك البساطة التي تفيد أن ما هو محجوز بالمستوى الارتكازي من حقوق لا تنازعه أو تمسه القوة الساكنة بالمستوى الفوقي ـ الدولة ـ، وما هو محجوز بالمستوى الفوقي لا تمسه أي من القوتين ساكنتي المستوى الارتكازي ـ الجماعة والفرد ـ. إذ الوضع ليس بهذا الانحسام فيما يتقرر من تفرقة بينهما، فما هو محجوز للجماعة والفرد، هو دائماً في متناول الدولة بما تسنه من تشريعات تنتظمه. وما هو محجوز للدولة، موضع رأي وضغط من قبل الجماعة ـ وإن كان اختلال ميزان القوى داخل الجماعة لصالح الدولة يجعل تدخلها أفعل من ضغط الجماعة ـ فالعبرة إذاً هي بحدود هذا التدخل ومناطه وآثاره، كما تكون العبرة بالحفاظ على الوضع من حيث أصله المفترض سنداً لبقائه. فما هو مفترض حجزه لصالح الجماعة والفرد، يجب أن يظل كذلك ولا يكون من الجائز تدخل الدولة فيه. لكن حقيقة الواقع تنبئ عن وصول هذا التدخل إلى حال احتكار الدولة لما هو محجوز أصلاً للجماعة والفرد، بنقله إلى المستوى الفوقي، وهنا يتعين دور المحكمة الدستورية العليا فيما هو منوط بها أساساً من صونٍ وحفظٍ تجاه تلك الصور من التدخل المتغوِّل، وذلك على ما يلي:

٢٠٧ ـ **في خصوص الموقف من التعليم**: ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أن «كفالة الدستور لحق التعليم إنما جاء انطلاقاً من حقيقة أن التعليم يُعد من أهم وظائف الدولة وأكثرها خطراً وأنها أداتها الرئيسية التي تنمي في النشء القيم الخلقية والتربوية والثقافية، وتعده لحياة أفضل يتوافق فيها مع بيئته ومقتضيات انتمائه إلى وطنه، ويتمكن في كنفها من اقتحام الطريق إلى آفاق المعرفة وألوانها المختلفة. والحق في التعليم ـ الذي أرسى الدستور أصله ـ فحواه أن يكون لكل مواطن الحق في أن يتلقى قدراً من التعليم يتناسب مع مواهبه وقدراته، وأن يختار نوع التعليم الذي يراه أكثر اتفاقاً وميوله وملكاته، وذلك كله وفق القواعد التي يتولى المشرع وضعها تنظيماً لهذا الحق بما لا يؤدي إلى مصادرته أو الانتقاص منه، وعلى ألا تخل القيود التي يفرضها المشرع في مجال هذا التنظيم بمبدأي تكافؤ الفرص والمساواة لدى القانون»[1]. لتذكر بحكم آخر

---

(١) المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ١٠٦ لسنة ٦ق دستورية، جلسة ١٩٨٥/٥/٢٩، القاعدة رقم ٣٢، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثالث، ص٢٤٠.

لها أن «التعليم العالي - بجميع كلياته ومعاهده - يشكل الركيزة الأساسية لتزويد المجتمع بالمتخصصين والفنيين والخبراء الذين تقع على عاتقهم مسؤولية العمل في مختلف مجالاته، فيتعين أن يرتبط في أهدافه وأسس تنظيمه بحاجات هذا المجتمع وإنتاجه، وهو ما تطلبته صراحة المادة (١٨) من الدستور المشار إليه، وردته المادة الأولى من قانون تنظيم الجامعات الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ عند تحديدها لرسالة الجامعات بأن يكون التعليم فيها موجهاً لخدمة المجتمع والارتقاء به حضارياً والإسهام في رقي الفكر وتقدم العلم وتنمية العلوم الإنسانية وإعداد الإنسان المزود بأصول المعرفة وطرائق البحث المتقدمة والقيم الرفيعة لضمان تقدم الوطن وتنمية ثرواته البشرية والعمل على بعث الحضارة العربية والتراث التاريخي للشعب المصري وتقاليده الأصيلة، وذلك كله بما يحقق الربط بين التعليم الجامعي وحاجات المجتمع والإنتاج. ولما كان ذلك وكانت الدولة مسؤولة عن كفالة هذا التعليم الذي يخضع لإشرافها حسبما نصت المادة (١٨) من الدستور، وكانت الفرص التي تلتزم بها وتُتيحها للراغبين في الالتحاق بالتعليم العالي مقيدة بإمكانياتها الفعلية التي قد تقصر عن استيعابهم جميعاً بكلياته ومعاهده المختلفة، فإن السبيل إلى فض تزاحمهم وتنافسهم على هذه الفرص المحدودة، بتحديد مستحقيها وترتيبهم فيما بينهم وفق شروط موضوعية ترتد في أساسها إلى طبيعة هذا التعليم وأهدافه ومتطلباته الدراسة، ويتحقق بها ومن خلالها التكافؤ في الفرص والمساواة لدى القانون بما يتولد عن تلك الشروط في ذاتها من مراكز قانونية متماثلة تتحدد على ضوئها ضوابط الأحقية والتفضيل بين المتزاحمين في الانتفاع بهذه الفرص»[١].

ما يستظهر معه، أن المحكمة الدستورية العليا، وانطلاقاً من الفهم المتقدم لنص المادة (١٨) من الدستور، اتجهت إلى التأكيد على كون التعليم، وإن كان حقاً لأفراد الجماعة، فهو بالأساس أحد المحاور الهامة للمجال المحجوز للدولة، سواء من جهة رسم الأهداف المبتغاة منه أم من جهة رسم السياسة التعليمية ذاتها أم من جهة الإشراف على تنفيذ هذه السياسة. فالتعليم أحد أدوات الدولة الرئيسية للتنشئة والإعداد، المتوافقين والبيئة المحيطة، والمستلزمين لضمان الانتماء إليها، والارتقاء حضارياً بالجماعة وبالفكر وبالتقدم العلمي، وذاك كله بما يوفر ضمان تقدم الدولة وتنمية ثرواتها، على النحو الذي يرتبط فيه هذا التعليم بحاجات المجتمع الإنتاجية. والدولة في كل ذلك لا تتقيد من حيث الأصل، سوى بالعمل من خلال بعث الحضارة العربية والتراث التاريخي للشعب المصري وتقاليده الأصيلة. الأمر الذي يشير إلى تقلص دور

---

(١) المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم ٤١ لسنة ٧ق دستورية، جلسة ١٩٩٢/٢/١، القاعدة رقم ١٨، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الخامس، المجلد الأول، ص١٣٨.

الجماعة والفرد، إلى أقصى حد، وذاك في خاصة الأصل الفلسفي الحاكم للوظيفة التعليمية. فالفرد والجماعة ما هما سوى مفعول بهما، وما الدولة إلا فاعل أساسي ووحيد، فهي صاحبة سلطان تحديد الأهداف النهائية من التعليم، وصاحبة سلطة رسم السياسات الخاصة به، فضلاً عن كونها المشرف الوحيد على كيفية تنفيذ هذه السياسات جميعها، فتقوم بربط هذا كله بحاجاتها في التنمية والتقدم، لا يحدها في ذلك سوى أن يستوي عملها متفقاً ورسالتها في بعث الحضارة العربية والتراث التاريخي للشعب المصري وتقاليده الأصيلة ـ وفق رؤيتها هي غير المراقبة من قبل الجماعة بأي شكل من الأشكال ـ. لتضحى الجماعة ـ والفرد بالتالي ـ، ليس لهما من حق سوى في تلقي ما ترسمه الدولة لهما من أطر تعليمية، وفق أهدافها ومقاصدها، ووفق ما تراه متفقاً وأصولها. وذاك تحديداً هو موضع الاعتراض في هذه الخصوصية، الذي يتمحور لا حول حق الدولة في وضع السياسات التعليمية التي تراها محققة لأهدافها متفقة وأصولها، وإنما في انفرادها الكامل برسم هذه المسائل وحدها، بمعزل عن الجماعة وأصول مكونها الضروري، أو الفرد وكليات مكونه الضروري. وهذا هو ما يؤخذ على المحكمة الدستورية في ذلك الشأن، إذ أنها رجحت وبقوة كفة الدولة في هذا الخصوص على حساب قوى الجماعة والفرد. وهو مأخذ لا يُرد بقالة أن صريح نص المادة (١٨) المذكورة، لا يفيد سوى ما تقدم، ذاك أن ثمة خطأ منهجي في هذا الخصوص، تمثل في قيام المحكمة بتفسير هذا النص بمعزل عن باقي نصوص الدستور الأخرى المكملة، كالمادة (٩) التي جعلت الدين والأخلاق قوام الأسرة التي هي أساس الجماعة مما يضحى واجباً معه أن يكون للدين والأخلاق سلطان رقابي على سياسات الدولة التعليمية، وهو الأمر الموكول إلى الجماعة على ما قررته المادة (١٢) من الدستور، من كون الجماعة هي الملزمة برعاية الأخلاق وحمايتها والتمكين للتقاليد المصرية وقيم الوطنية والتراث الأخلاقي للشعب المصري. الأمر الذي كان حرياً معه التزام المحكمة الدستورية العليا حدود هذه النصوص جميعها، حيث تبلور دور الدولة في خصوص المسألة التعليمية، من خلال هذه الأحكام جميعها، لتصير الجماعة ذاتها مرجعاً فيما تنهجه الدولة بهذا الشأن بأصولها وكلياتها التي تتأسس عليها وبخيارتها الحضارية والعقدية التي تنتهجها.

٢٠٨ ـ **موقف المحكمة الدستورية العليا مما ينتمي للإطار الفكري العقدي**: والمعنيُ بذلك، تلك الحريات التي تُعد منبع تكوين الإطار الفكري والعقدي الضروري لوجود الفرد وكذا الجماعة، كحرية الرأي والتعبير وحرية نشر هذه الآراء وحرية البحث والإبداع.

٢٠٨/١ ـ فقد ذهبت المحكمة الدستورية في شأن **حرية الرأي**، إلى التأكيد على أن

«حرية الرأي تعتبر بمثابة الحرية الأصل التي يتفرع عنها الكثير من الحريات والحقوق العامة الفكرية والثقافية وغيرها، وفق المدخل الحقيقي لممارستها جدية، كحق النقد وحق الصحافة والطباعة والنشر، وحرية البحث العلمي والإبداع الأدبي والفني والثقافي، وحق الاجتماع للتشاور وتبادل الآراء، وحق مخاطبة السلطات العامة»[1]. لتقرر بذات قضائها أن «حرية الرأي إذ تعد من الدعامات الأساسية التي تقوم عليها النظم الديمقراطية الحرة، فقد غدت من الأصول الدستورية الثابتة في كل بلد ديمقراطي متحضر، وحرصت على توكيدها الدساتير المصرية المتعاقبة وقررها الدستور القائم بالنص في المادة (٤٧) منه». وفي خطوة أخرى أوسع مدى وأعمق دلالة، ذهبت المحكمة إلى أن «حرية التعبير التي كفلها الدستور هي القاعدة في كل تنظيم ديمقراطي، لا يقوم إلا بها، ذلك أن أهم ما يميز الوثيقة الدستورية ويحدد ملامحها الرئيسية، هو أن الحكومة خاضعة لمواطنيها ولا يفرضها إلا الناخبون. وكلما أعاق القائمون بالعمل العام أبعاد هذه الحرية، كان ذلك من جانبهم هدماً للديمقراطية في محتواها المقرر دستورياً، وإنكاراً لحقيقة أن حرية التعبير لا يجوز فصلها عن أدواتها. وإن وسائل مباشرتها يجب أن ترتبط بغاياتها فلا يعطل مضمونها أحد ولا يناقض الأغراض المقصودة من إرسائها أحد»[2]. وفي خطوة ثالثة أكثر تقدماً، وأخطر أثراً ذهبت إلى «أن ما توخاه الدستور من خلال ضمان حرية التعبير، هو أن يكون التماس الآراء والأفكار وتلقيها عن الغير ونقلها إليه، غير مقيد بالحدود الإقليمية على اختلافها ولا منحصر في مصادر بذواتها تعد من قنواتها بل قصد أن تترامى آفاقها وأن تتعدد مواردها وأدواتها، وأن تنفتح مسالكها، وتفيض منابعها Free Trade in Ideas لا يحول دون ذلك قيد يكون عاصفاً بها مقتحماً دروبها، ذلك أن لحرية التعبير أهدافاً لا تريم عنها، ولا يتصور أن تسعى لسواها، هي أن يظهر من خلالها ضوء الحقيقة جلياً فلا يداخل الباطل بعض عناصرها، ولا يعتريها بهتان ينال من محتواها ولا يتصور أن يتم ذلك إلا من خلال اتصال الآراء وتفاعلها ومقابلتها ببعض، وقوفاً على ما يكون منها زائفاً أو صائباً، منطوياً على مخاطر واضحة أو محققاً لمصلحة مبتغاة، ذلك أن الدستور لا يرمي من وراء ضمان حرية التعبير، أن تكون مدخلاً إلى توافق عام، بل تغيا بصونها أن يكون كافلاً لتعدد الآراء Plurality of Opinion وإرسائها على قاعدة من حيدة المعلومات Neutrality of Information ليكون ضوء الحقيقة مناراً لكل عمل ومحدداً لكل اتجاه». لتقرر المحكمة في خصوص حرية التعبير المتصلة بالشأن العام، أنها تكون

---

(١) المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٤٤ لسنة ٧ق دستورية، جلسة ٧/ ٥/ ١٩٨٨، قاعدة رقم ١٦، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الرابع، ص٩٨.

(٢) المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ١٧ لسنة ١٤ق دستورية، جلسة ١٤/ ١/ ١٩٩٥.

«أبلغ ما تكون أثراً في مجال اتصالها بالشؤون العامة، وعرض أوضاعها تبياناً لنواحي التقصير فيها، وتقويماً لاعوجاجها. وكان حق الفرد في التعبير عن الآراء التي يريد إعلانها، ليس معلقاً على صحتها ولا مرتبطاً بتمشيها مع الاتجاه العام في بيئة بذاتها، ولا بالفائدة العملية التي يمكن أن تنتجها، وإنما أراد الدستور بضمان حرية التعبير أن تهيمن مفاهيمها على مظاهر الحياة في أعماق منابتها بما يحول بين السلطة العامة وفرض وصايتها على العقل العام Public Mind فلا تكون معاييرها مرجعاً لتقييم الآراء التي تتصل بتكوينها ولا عائقاً دون تدفقها»[1]. ثم تمضي المحكمة الدستورية قدماً وهي بسبيل التأكيد على تلك الحريات، فتقرر الضوابط التي تنتظم بها ممارسة تلك الحريات، فتقرر أن «ما رمى إليه الدستور في هذا المجال هو ألا يكون النقد منطوياً على آراء تنعدم قيمها الاجتماعية كذلك التي تكون غايتها الوحيدة شفاء الأحقاد والضغائن الشخصية أو التي تكون منطوية على الفحش أو محض التعريض بالسمعة، كما لا تمتد الحماية الدستورية إلى آراء تكون لها بعض القيمة الاجتماعية، ولكن جرى التعبير عنها على نحو يصادر حرية النقاش أو الحوار كتلك التي تتضمن الحض على أعمال غير مشروعة تلابسها مخاطر واضحة تتعرض لها مصلحة حيوية»[2]. وفي حكم حديث لها، وفي اتجاه تأكيد المحكمة على الضوابط والمعايير التي تحكم عمل المشرع في تنظيمه لحرية الرأي، ذهبت إلى أن «الآراء على اختلافها لا يجوز إجهاضها ولا مصادرة أدواتها، أو فصلها عن غاياتها ولو كان الآخرون لا يرضون بها، أو يناهضونها، أو يرونها منافية لقيم محدودة أهميتها يروجونها، أو يحيطون ذيوعها بمخاطر يدعونها، ولا يكون لها من وضوحها ودافعها ما يبرر القول بوجودها. وحيث إن المشرع وكلما تدخل بلا ضرورة، لتقييد عرض آراء بذواتها بقصد طمسها أو التجهيل بها بالنظر إلى مضمونها Content - Based Abridgements، كان ذلك إصماتاً مفروضاً بقوة القانون في شأن موضوع محدد انتقاه المشرع انحيازاً، حائلاً بالقيم التي تحتضنها حرية التعبير عن متطلباتها التي تكفل تدفق الآراء وانسيابها بغض النظر عن مصدرها أو محتواها ودون ما اعتداد بما يتلقونها أو يطرحونها، وبمراعاة أن الحق في الحوار العام، يفترض تساويها في مجال عرضها وتسويقها. وحيث إن إكراه البعض على القبول بآراء يعارضونها أو تبنيها، لا يقل سوءاً عن منعهم من التعبير عن آراء يؤمنون بها أو يدعون إليها، وهو ما يعني أن الحمل على اعتناق بعض الآراء، أو إقماع غيرها، سوءتان تناقضان مفهوم حوار يقوم على عرض الأفكار وتبادلها والإقناع بها. كذلك فإن موضوعية الحوار ـ وعلى الأخص كلما كان بناء ـ شرطها شفافية العناصر التي يدور

---

(١) المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٦ لسنة ١٥ق دستورية، جلسة ١٥/٤/١٩٩٥.

(٢) المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ق دستورية، جلسة ٢٠/٥/١٩٩٥.

الجدل حولها، بما يحول دون حجمها أو تشويهها أو تزييفها»[1]. لتقرر بذات الحكم أن «حرية التعبير تمثل في ذاتها قيمة عليا لا تنفصل الديمقراطية عنها وإنما تؤسس الدول على ضوئها مجتمعاتها صوناً لتفاعل مواطنيها معها، بما يكفل تطوير بنيانها وتعميق حرياتها، وإن جاز القول بأن لحرية التعبير أهدافها التي يتصدرها بناء دائرة للحوار العام لا تنحصر آفاقها ولا أدواتها، تدني الحقائق إليها فلا يكون التعبير عن الآراء حائلاً دون مقابلتها ببعض وتقييمها، ولا مناهضتها لآراء قبلها الآخرون، مؤدياً إلى تهميشها ولا تلقيها عن غيرها مانعاً من ترويجها أو مقصوراً على بعض جوانبها، ولا تدفقها من مصادر ترد ريها مستوجباً إعاقتها أو تقييدها» لتذكر أيضاً أن «حرية التعبير ـ كلما كان نبضها فاعلاً وتأثيرها عريضاً ـ هي الطريق لبناء نظم ديمقراطية تتعدد معها مراكز اتخاذ القرار، تتسم بتسامحها مع خصومها ومسؤولياتها قبل مواطنيها، وبرفضها لكل قيد يخل بمصداقيتها واستجابتها بالإقناع لإرادة التغيير وطرحها من خلال الحوار لبدائل يفاضلون بينها لاختيار أصلحها أياً كان مضمونها».

٢٠٨/١ ـ ومن جانب آخر، وفي خاصة حرية الاعتقاد، أحد منابع التكوين الفكري والعقدي، فقد سبق أن أكدت المحكمة العليا على «أن المشرع قد التزم في جميع الدساتير المصرية مبدأ حرية العقيدة وحرية إقامة الشعائر الدينية باعتبارها من الأصول الدستورية الثابتة المستقرة في كل بلد متحضر ـ فلكل إنسان أن يؤمن بما يشاء من الأديان والعقائد التي يطمئن إليها ضميره وتسكن إليها نفسه ولا سبيل لأي سلطة عليه فيما يدين به في قرارة نفسه وأعماق وجدانه ـ أما حرية إقامة الشعائر الدينية وممارستها فهي مقيدة بقيد أفصحت عنه الدساتير السابقة وأغفله الدستور القائم وهو «قيد عدم الإخلال بالنظام العام وعدم منافاة الآداب» ولا ريب أن إغفاله لا يعني إسقاطه عمداً وإباحة إقامة الشعائر الدينية ولو كانت مخلة بالنظام العام أو منافية للآداب. ذلك أن المشرع رأى أن هذا القيد غني عن الإثبات والنص عليه صراحة باعتباره أمراً بديهياً وأصلاً دستورياً يتعين إعماله ولو أغفل النص عليه ـ أما الأديان التي يحمي هذا النص حرية القيام بشعائرها فقد استبان من الأعمال التحضيرية لدستور ١٩٢٣ عن المادتين (١٢)، (١٣) منه، وهما الأصل الدستوري لجميع النصوص التي رددتها الدساتير المصرية المتعاقبة، أن الأديان التي تحمي هذه النصوص ـ ومنها نص المادة (٤٦) من الدستور الحالي ـ حرية القيام بشعائرها إنما هي الأديان المعترف بها وهي الأديان السماوية الثلاثة»[2]. وبعد فهذا استعراض

---

(١) المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٧٧ لسنة ١٩ق دستورية، جلسة ١٩٩٨/٢/٧، القاعدة (٨٤)، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثامن، ص١١٨.

(٢) المحكمة العليا، الدعوى رقم ٧ لسنة ٢ق عليا (دستورية)، جلسة ١٩٧٥/٣/١، القاعدة (٢٣)، مجموعة أحكام المحكمة العليا، الجزء الأول، ص٣٤٠.

لأهم ما أرسته المحكمتان العليا والدستورية العليا، في شأن بعض من عناصر الإطار العقدي والفكري لكل من الفرد والجماعة من مبادئ واتجاهات، الأمر الذي لنا عليه عدد من الملاحظات:

أولاً: تأييد موقف المحكمة من الحريات: أن المحكمة الدستورية، وخلافاً لما شاب صواب تقديرها في شأن التعليم من مجاوزة للحق، فقد استقر رأيها مصيباً كبد الواقع ووجه الحق، عندما عرضت لحريات التعبير وإبداء الرأي وما يرتبط بهما من حريات. فقد انعقد عزمها منذ البداية، على اعتبار هذه الحريات وثيقة الاتصال بكيان الفرد وشخصه، كما أنها نبع كافة الحريات التي يتأصل عليها خيار الشورى للجماعة، على النحو الذي يفيد نظرها إلى هذه الحريات باعتبارها من عناصر الوجود الضروري للفرد والجماعة. أي أنها تعاملت معها على أساس كونها من قواعد النظام العام، التي تنتسب إلى المستوى الارتكازي القاعدي لهيكل مفهوم فكرة النظام العام. ما يفيد أن نصوص الدستور المتعلقة بهذه الحريات والمؤكدة لها، إنما هي نصوص كاشفة عن حقيقة الواقع، حيث هي ليست سوى تعبير قانوني دقيق لأمر مستقر قائم من قبلها.

ثانياً: كفالة الحرية في وجه السلطة: احتجت المحكمة الدستورية العليا، بهذه النصوص الدستورية المتعلقة بتلك الحريات والحقوق وثيقة الاتصال بشخص الفرد وكيان الجماعة من وجهة وجودهما الضروري، وذلك على الدولة بكل مكناتها وسلطانها. فجعلت هذه الحقوق، من ناحية، مصدر سلطان الدولة ونظام الحكم بها كون «الحكومة خاضعة لمواطنيها ولا يفرضها إلا الناخبون»، ومن ثم فهذا مفهوم يمثل أصلاً تنظيمياً لأحد الأسس التي تنبني عليها هذه الدولة. ومن ناحية أخرى، فهذه الحريات هي نبع الحقيقة، بما تكشف عنه من آراء، يستجلي تعددها أصوبها وأقربها إلى النظام العام، وهذا هو درة ما يتكون على هداه العقل العام. ومن هذا المنطلق، تقف هذه الحقوق الأساسية، حجر عثرة في وجه السلطة العامة، التي لن تتمكن في ظلها من فرض أي سلطان أو هيمنة على أي من الفعل أو الضمير الجمعيين، وإلا تكون بذلك هادمة للديمقراطية في محتواها المقرر دستورياً، باعتبار الأخيرة خيار الدولة التنظيمي، الذي ارتضته لذاتها، على ما تفصح عنه الوثيقة الدستورية. هذا الفهم ويدل على صواب إدراك المحكمة الدستورية لمكانة هذه الحقوق الأساسية وأسبقيتها من حيث المصدر على الدولة بحيث تصير ضابطاً لهذه الأخيرة.

ثالثاً: المحكمة لم تضبط حدود الحقوق والحريات: بيد أنه مما يؤخذ على موقف المحكمة الدستورية في هذا الخصوص، عدم ضبطها لحدود هذه الحقوق والحريات. صحيح أنها في أحد أحكامها ذهبت إلى عدم جواز الغلو في استخدام الحق في التعبير إلى الحد الذي ينحو به بعيداً عن مقصد الدستور من منحه، فيصير أداة لشفاء الأحقاد

والضغائن الشخصية أو يكون منطوياً على فحش أو محض تعريض بالسمعة ـ على حد تعبيرات المحكمة ذاتها في الحكم سالف الإشارة ـ، ـ أقول ـ صحيح أن المحكمة أرادت بهذا ضبط استخدام هذه الحقوق والحريات، إلا أن ذلك لا يفصح بذاته عن الإطار السليم المنضبط الذي يتعين انتظام هذه الحقوق والحريات به. إذ أنه وتسليماً بما سلف من كون هذه الحقوق المذكورة والحريات المعنية تشغل حيزاً بالمستوى الارتكازي لهيكل مفهوم فكرة النظام العام، ومع تقديرنا لحقيقة تأصل الوجود الضروري الفردي والجمعي عليها، إلا أنها لا تعدو كونها بعض عناصر هذا الوجود الضروري، وليست كل عناصره، ومن ثم فهي وإن كانت تحوز مساحة داخل مكون الوجود الضروري للجماعة أو مكون الوجود الضروري للفرد، فإنها ليست حيزهما كله، وإنما تتجاور فيه مع غيرها من العناصر التي يتألف بها هذا الوجود. وعليه فالفرد لا يتأصل ابتداءً وانتهاء على حقه في إبداء الرأي والتعبير عنه، وإنما يتأصل الفرد على هدى من هذا الحق الذي يتأطر بحدود باقي كلياته الضرورية، كمعتنقه العقدي وموروثه الثقافي الجمعي وحدود الصالح الجمعي ومكتسباته التاريخية. فكل تلك الاعتبارات، إنما هي بالأساس عناصر يتشكل منها الإطار العقدي الفكري لمكونه الضروري للوجود، وهي جميعها عناصر تحد بعضها بعضاً وعلى نحو تدافعي غير متصادم. والأمر ذاته في شأن الجماعة، فحق كل جماعة في التعبير، خاصة الجماعات الفرعية، إنما يتجاور مع باقي عناصر مكون وجودها الضروري، فضلاً عن عناصر مكون الوجود الضروري للجماعة السياسية العامة، وذلك على النحو الذي يتحدد فيه الأول ـ الحق في التعبير ـ بالباقين. وعليه، فحق الفرد مثلاً في التعبير وإبداء رأيه، إنما يحتد بالمعتنق الجمعي، فلا يجوز له إبداء رأي به مساس بأصول هذا المعتنق أو إهدار لأسسه. وكذا الجماعة الفرعية التي لا يجوز لها أن تبدي رأياً ينال مما هو من أصول المعتنق الجمعي العام، أو أن تمارس تعبداً فيه مساس بصالح هذه الجماعة السياسية العامة. فثمة أصول وكليات للوجود الجمعي، ليس بالمكنة استخدام الحق في التعبير وإبداء الرأي، للمساس بها أو إهدارها. وثمة أصول وكليات للوجود الفردي، ليس بالمكنة استخدام الحق في التعبير للنيل منها أو إهدارها، وإلا صادفنا حالاً كحال النظم الفاشية التي تم استخدام الفرد فيها عن طريق الحق في التعبير وإبداء الرأي لتقويض معظم عناصر مكونه أي تقويض غالب حقوقه الأساسية وثيقة الاتصال به[1]. وكذا الأنظمة التي سادت الدول الاشتراكية حيث تنازلت الجماعة مسبقاً عن كافة حقوقها المكونة لوجودها الضروري. ويشير الدكتور محمد عصفور، في مقدمة مؤلفه «رقابة النظام الاجتماعي باعتبارها قيداً على الحريات العامة»، إلى الكيفية التي تم بها استخدام الحرية فعلاً أو بطريق التمحل،

(١) فما حصل في هذه الأنظمة، أن الفرد تنازل بنفسه عن حقوقه لصالح القائد البطل الفرد الملهم.

للنيل منها، فيذكر أن من الأسباب الرئيسية لأزمة الحرية في النظم الاجتماعية الليبرالية، ظهور الجماهير ـ أفراد الجماعة السياسية العامة ـ على مسرح الحدث السياسي، ولكون الجماهير «تقاد بالمشاعر والعواطف العنيفة أكثر مما تقاد بالمنطق والأفكار المحددة»[١]. فقد تفاعل ذلك مع ما نتج عن تطور الرأسمالية وتركز الثروات بأيد قليلة، وأدى إلى تسخير الأساليب الفنية الحديثة في الإعلام والصحافة، للسيطرة على أولئك الجماهير والتأثير فيهم، وسياستهم على نحو ما يتفق صالح هذه الطبقة الرأسمالية، اقتصادياً وسياسياً، لذا فعن طريق ممارسة الجماهير للحرية في التعبير والاختيار، تم توظيفهم لغير صالحهم[٢]. وهاهي الحرية غير المنضبطة، تؤدي إلى تولي الفاشية الحكم ببعض الدول الأوروبية، لتنقلب سريعاً إلى نقيضها، حيث تضحى الحرية ذاتها أول ما يقوض. لذا يذهب اتجاه بالفكر السياسي الاجتماعي، إلى أن الحرية ليست سوى عنصر من العناصر المكونة للنظام الديمقراطي، مرتئياً أن الديمقراطية غير ملزمة بالانحناء أمام الحريات المطلقة ومنها حق الاقتراع، فتصويت سليم مخلص وشعبي من أجل الاستبداد، لا يمكن أن يكون صحيحاً من الناحية السياسية أو الأدبية أو حتى القانونية، ذلك أن الحريات لا يجوز المساس بجوهرها، وأي تصويت يتجه إلى قمعها يكون باطلاً، وإذا كانت الأغلبية انهزامية وغير مبصرة، منزلقة إلى الاستبداد، فهي تكون عندئذ كالقاصر بحاجة إلى من يحميه[٣]. ولذلك فأمر انضباط الحقوق والحريات بعناصر المكون الضروري للفرد والجماعة، إنما هو مما يقطع بلزومه، إن شئنا دوام حياة الجماعة وانتظام حراك الفرد داخلها متمتعاً بحقوقه وحرياته الأساسية كاملة دونما انتهاك أو استبداد.

رابعاً: الاستناد إلى مفاهيم سياسية لا قانونية: كذلك يؤخذ على المحكمة، أنها عندما تحدثت عن الحق في التعبير، وكادت أن تنحو به منحاً مطلقاً، قررته بمفهوم الديمقراطية. هذا المفهوم هو بالأساس مفهوم سياسي لا قانوني، أي أنه مفهوم غير منضبط المعنى قانوناً، يرتد في بيانه إلى واقع تاريخي سياسي لمجتمعات دول الحضارة الغربية، التي بينها ما بينها من تباين في مدلوله. والأفدح من ذلك أن دولاً أخرى بدأت في طرح مفهومها الخاص للديمقراطية، بعيداً في أسسه عن أسس دول نشأته ـ أي الدول الغربية ـ. فكيف يتأتى تأسيس حرية التعبير على سند من مفهوم غير منضبط قانوناً، فضلاً عن عدم إنضباطه واقعاً في المشهد المصري. وبالإضافة إلى كل ذلك، فإن المحكمة تذكر أن مجرد ورود الآراء عن مصادر موضع ازدراء، لا يستوجب في

---

(١) الدكتور محمد عصفور ـ المرجع السابق ـ ص ط من المقدمة.

(٢) المرجع السابق ـ ص ى من المقدمة.

(٣) الدكتور محمد عصفور ـ المرجع السابق ـ ص٣٦، ص٣٧.

ذاته إعاقة هذه الآراء أو تقييدها. وهذا قول بالغ الغرابة، إذ كيف تعترف بازدراء المصدر ومع ذلك تؤكد على حقه في إبداء آرائه، فأين العقل الجمعي الرافض، ازدراءً، هذه الآراء؟ وما موقف الضمير الجمعي من التفاعل مع هذه الآراء المزدرية؟ والبادي لنا، أن المحكمة كانت واقعة تحت تأثير عديد من اتجاهات الفكر الغربي ودعاواه، الخاصة بوجوب انفتاح الآراء دون قيد أو ضابط، بل إنها كادت أن تفصح عن هذا بأحد أحكامها الأخرى، إذ وبمناسبة مناقشتها دستورية أحد نصوص قانون رسوم الطيران المدني، ذهبت إلى أن «المعايير الدولية، لا يجوز إهدارها من خلال أعمال تناهضها، تأتيها الدول التي يقيم غير المواطنين بها، ولو بررتها بمجرد تطابقها مع تشريعاتها المعمول بها في شأن مواطنيها، وذلك أن الحماية التي تكفلها تشريعاتها هذه، قد تقل عن تلك التي توفرها المعايير الدولية التي أنتجتها واقعة اتصال الدول فيما بينها، وضرورة تحقيق نوع من التداخل بين مصالحها، فلا يكون الفصل بين الأشخاص المعنيين بها ودولهم، مقبولاً»[1]. وهو قول بالغ الغرابة فيما يقرره من مركز أفضل للأجانب من ذاك الذي يتمتع به المواطنون، وهو موقف مغرق في الانجذاب لمفاهيم الغرب وأفكاره، حتى إن المحكمة تنكر على السلطة الوطنية، إعمال شرائعها الداخلية على أولئك الأجانب، لمجرد أنها لا تتفق مع أسسهم التي يحاولون فرضها دولياً، بدعوى أنها معايير دولية. وهو الأمر ذاته الذي اتبعته عند حديثها عن الديمقراطية بمعرض تأصيلها لحرية الرأي، بحسبان أن الديمقراطية من المعايير الدولية واجبة السيادة والسمو، هكذا دونما نظر لأولويات مفهوم النظام العام، بل ودونما نظر لقواعد الإسناد الوطنية. هذا الحديث عن المعايير الدولية، واستجلاب المفاهيم الغربية يعني أن ثمة أصولاً تعلو أصول الدولة وكليات الجماعة، ألا وهي المنتسبة إلى المفاهيم الدولية، هذه الأخيرة تُعد بذاتها ضابطة ومقيدة للأولى، حال أن الأمر لا يمكن التسليم به على هذا النحو أو حتى العرض له من جملة آراء أخرى، إذ كيف نغلب المفهوم الأجنبي على الجمعي الوطني، حال أن المفهوم الأجنبي بعيد كل البعد عن المكون الضروري لوجود المجتمع ـ جماعة ودولة.

خامساً: انتقاد مذهب المحكمة الدستورية في شأن حرية الاعتقاد والتفريق بينها وبين ممارسة الشعائر: إن انتقلنا إلى حرية الاعتقاد، فالأمر عين ما تقدم، إذ إن هذه الحرية لا يمكن أن تستوي على إطلاقها، فليس ثمة من سبيل من وجوب ضبطها بأطر الاعتقاد الجمعي مع القبول الشعبي لهذا الاعتقاد. ومن ثم فإن كانت الكثرة الغالبة بأي جماعة سياسية عامة، تؤمن بدين سماوي معين، وكانت تاريخياً لم تشهد من المعتنقات العقدية

(١) المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ ق.د، جلسة ١٩٩٧/٨/٢، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثامن، القاعدة (٥٠)، ص٧٨٤.

سوى تعدد فيما هو معروف بالأديان السماوية، بمذاهبها وشيعها المعترف بها، وجلها يدور حول المفاهيم الخاصة بوجود الله ﷻ، مع التسليم بوحدانيته ـ بغض النظر عن فلسفة طبيعته ﷻ التي تتباين من معتنق إلى آخر ـ، ففي مثل هذه الجماعة يغدو من المتعذر قبول أي معتنق آخر يتضمن إنكاراً لمثل هذه الكليات، التي تعد أصول المعتنق الجمعي لهذه الجماعة. خاصة إذا ما كانت منكرة من قبل المعتنق الجمعي العام الذي يدين به غالب الجماعة. فمثلاً الجماعة المصرية التي لم يشهد تاريخها ومنذ الفتح الإسلامي لمصر، سوى الإسلام دين الكثرة الغالبة، والمسيحية واليهودية كأطر عقدية لجماعات فرعية تتكون على هداها تلك الجماعات الفرعية. فمثل هذه الجماعة يضحى من المتعذر عليها القول بحق الفرد في الاعتقاد خارج هذا الإطار السماوي للأديان الثلاثة، بل وخارج ما هو معترف به من مذاهب وشيع ضمن هذا الإطار دون مروق أو تجاوز. فليس بالمكنة القول بحرية اعتقاد ما هو مكفَّرٌ إسلامياً من مذاهب خارجة، كالبهائية أو القاديانية، كما من غير المتصور القول بحرية الأفراد في اعتناق البوذية أو الزردشتية أو التسليم بحقهم في إنكار الألوهية أو حقهم في الهرطقة في أي من أصول هذه الأديان السماوية المعنية، فهذا كله خارج القبول الجمعي الذي يجد حده في الإطار التاريخي للمذهب الديني المشهود عرفاً في مصر. من هذا المنطلق، يتعين مناقشة حكم المحكمة العليا، آنف الإشارة في خصوص حق الاعتقاد. فقد صدر هذا القضاء في الدعوى التي أقامها عدد ممن اتهموا بممارسة نشاط كانت تأتيه المحافل البهائية، حيث قاموا بالعمل على نشر هذه العقيدة وعقد اجتماعات تبشير بمساكنهم. وإذ تم تحريك دعوى عمومية في مواجهتهم ومع صدور أحكام عليهم في هذا الخصوص، قاموا بالطعن عليها، وإبان نظرها دفعوا بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٢٦٣ لسنة ١٩٦٠ القاضي بحل المحفل البهائي ومراكزه ووقف نشاطه. وقد انتهت المحكمة الدستورية في خاصته، إلى عدم قبول الدعوى بالنسبة لبعض المدعيين، وبرفض الدفع بعدم قبولها بالنسبة لباقيهم، وبرفض الدعوى وإلزام المدعيين المصروفات، مستندة في قضائها، إلى أنه وإذا كانت حرية الاعتقاد، حق مطلق ثابت دستوراً، بحسبان حق كل فرد في أن يؤمن بما شاء من أديان وعقائد يطمئن إليها ضميره وتسكن إليها نفسه، فإن حق إقامة الشعائر الدينية وممارستها لا يتمتع بمثل هذا الإطلاق السابق، إذ أنه مقيد بما سبق وأفصحت عنه المادتان (١٢)، (١٣) من دستور ١٩٢٣، اللتين ضبطتا هذه الممارسة، بعدم الإخلال بالنظام العام وعدم منافاة الآداب، وإذ كان هذا القيد يعد من البدهيات الدستورية المتأصلة، فإن إغفاله عن نصوص دستور ١٩٧١ لا يفيد سقوطه. وإذا كان النص لم يتعرض لحق اعتقاد البهائية ولم يمس حرية الفرد في الإيمان بها، وإنما تعرض فقط لحق ممارسة شعائرها، فمن ثم لا وجه فيه لمخالفة

الدستور، ذاك أن الشعائر التي يكفل الدستور حرية ممارستها هي المتعلقة بالأديان الثلاثة السماوية المعترف بها فحسب، أما البهائية وإذ تخرج عنها، فمن ثم تضحى ممارسة شعائرها مخلة بالنظام العام ومنافية للآداب. هذا ما استندت عليه المحكمة فيما انتهت إليه، ونحن بدورنا لنا عليه عدد من الملاحظات:

(أ) كشفت المحكمة عن صحيح أمر الاعتقاد، ومكانته داخل هيكل مفهوم النظام العام، باعتباره من عناصر مكون الوجود الضروري للفرد والجماعة، حيث يسكن المستوى الارتكازي القاعدي لهذا المفهوم. ودليلنا على ذلك أنها عندما حاولت تقدير الأديان المعترف بها والتي تكون ممارسة شعائرها مضمونة جمعياً، ارتدت إلى القبول الجمعي واستقرأته، لتستخلص منه أن الأديان السماوية هي الإطار العقدي الجامع فحسب. صحيح أنها ارتدت إلى نص المادتين (١٢)،(١٣) من دستور ١٩٢٣، للكشف عن هذه الحقيقة، إلا أنها قررت وفي الحين ذاته، أن انضباط ممارسة الشعائر الدينية بقيد عدم الإخلال بالنظام العام وعدم منافاة الآداب، إنما هو «غني عن الإثبات والنص عليه صراحة باعتباره أمراً بديهياً وأصلاً دستورياً يتعين إعماله ولو أغفل النص عليه». كما استقرأت من الواقع الجمعي المعاش، أن الأديان المحمية جمعياً هي الأديان السماوية الثلاثة فحسب. الأمر الذي يفيد أن المحكمة العليا تعاملت مع الأطر العقدية من جهة المعتنق، باعتبارها مجالاً محجوزاً للجماعة، تقدره وفق ثوابتها وأصولها المستقرأة تاريخياً. وليست نظماً فوقية موضع تقدير مبتدأ من قبل الدولة.

(ب) يحسب للمحكمة العليا في هذا الخصوص، ضبطها ممارسة الشعائر، بنطاق القبول الجمعي للدين، الذي تمارس شعائره، فإن كان المعتنق العقدي أحد الأديان السماوية الثلاثة، غدت ممارسة شعائره مما يُعد جائز جمعياً.

(ج) يؤخذ على المحكمة، تناقضها مع ما انتهت إليه، ذاك أن قضاءها وقد انتهى إلى شيء فقد استند في شق منه على ما يخالفه. فكيف يقبل قولها أن الشعائر التي يجوز ممارستها هي فقط الخاصة بممارسة أحد الأديان السماوية الثلاثة، وفي الحين الذي تذهب إلى القول بحرية الاعتقاد إطلاقاً، التي لا يحدها حد ولا يعترضها عارض. فهذا الأمر يؤدي إلى نتائج في غاية الغرابة، إذ مفاد هذا القول، أنه يجوز للأفراد أن يؤمنوا بغير الأديان السماوية الثلاثة، ولكن لا يجوز لهم على الإطلاق أن يمارسوا شعائرها. الأمر الذي يفضي بدوره إلى التمييز بين المعتنق وبين ممارسة شعائره تمييزاً ليس له أدنى سند إذ أن ممارسة الشعائر ركن ركين من فروع الإيمان بأي معتنق ديني، فمثلاً كيف يمكن السماح للفرد بالإيمان بالإسلام حال يمنع من إتيان الصلوات الخمس يومياً. وبالمعنى العكسي فإن الحرمان من ممارسة الشعائر هو في حقيقته حرمان من الاعتقاد ذاته، كون الشعائر هي أركان الاعتقاد وروحه، التي لا استقامة له دونها.

(د) المرجع في تحديد الأديان المعترف بها جمعياً بمذاهبها وشيعها، التي تكون موضع القبول لدى الوعي الجمعي المصري، هي قواعد ومبادئ الشريعة الإسلامية، كون الأخيرة المصدر الرئيسي للتشريع داخل المجتمع، باعتبار الإسلام المعتنق العقدي للكثرة الغالبة داخل الجماعة المصرية التي يتشكل وعيها الجمعي من خلال منظوره بالأساس. ومن ثم فما يعد في النظر الإسلامي ديناً يعتد بجواز اعتناقه ومن ثم بممارسة شعائره، وما لا يعد كذلك فهو ساقط ليس بالمكنة اعتناقه أو ممارسة شعائره.

(هـ) وعليه، وإذا صرفنا النظر عما سلف من انتقاد، فإن تقديرنا النهائي لما انتهت إليه المحكمة العليا وما أصلت حكمها بدستورية القرار بقانون رقم ٢٦٣ لسنة ١٩٦٠ في شأن حل المحافل البهائية، وما انتهت إليه من تأكيد على انضباط حرية ممارسة الشعائر بأطر القبول الجمعي لهذه الشعائر فإنها تكون قد أصابت كبد الحقيقة، كاشفة عن أصل طبيعي يتأسس عليه الوجود الجمعي لكل من الجماعة والفرد، ألا وهو إطار المعتنق العقدي لكل منهما، بالغة شأناً عظيماً في إدراكها لانضباط ممارسة شعائر كل معتنق بالقبول الجمعي لها.

٢٠٩ ـ ثالثاً: موقف المحكمة الدستورية العليا من حق الاجتماع: إذا كنا قد عرضنا في الفقرات السابقة لحقوق وثيقة الاتصال بالفرد من حيث كونها من عناصر مكونه الضروري، فإن الحق في الاجتماع يُعد من الحقوق وثيقة الاتصال بالجماعة، حيث يتأصل عليه أحد أهم عناصر مكون وجودها الضروري، ألا وهو حق هذه الجماعة في الاحتفاظ لنفسها بمكنة الاجتماع. وهذا كما يُعد عنصراً مهماً لوجود الجماعة السياسية العامة، يُعد كذلك في خصوص الجماعات ذات الانتماء الفرعي. وحق الاجتماع يكاد يكون لبنة تماسك الجماعة ودوام تضامنها الجمعي، خاصة أنه غالباً ما يكون هذا الحق أصل عديد من الحقوق الأخرى، التي ترتبط به رباطاً سرياً. فعن طريقه يمارس الأفراد حقهم في التعبير عن الرأي، وحقهم في ممارسة الشعائر الدينية، وعليه يتأصل النقد الذاتي البناء ـ ضمان سلامة بناء الوطن حسبما أبانت المادة (٤٧) من الدستور ـ الأمر الذي حدا بنا إلى مناقشته تفصيلاً في ضوء قضاء من المحكمة الدستورية العليا.

٢٠٩/١ ـ نص دستور مصر الحالي في مادته (٥٤) على أنه «للمواطنين حق الاجتماع الخاص في هدوء غير حاملين سلاحاً ودون حاجة إلى إخطار سابق، ولا يجوز لرجال الأمن حضور اجتماعاتهم الخاصة، والاجتماعات العامة والمواكب والتجمعات مباحة في حدود القانون». ونصت المادة (٥٥) منه على أنه «للمواطنين حق تكوين الجمعيات على الوجه المبين في القانون، ويحظر إنشاء جمعيات يكون نشاطها معادياً لنظام التجمع أو سرياً أو ذا طابع عسكري». كما نصت مادته (٥٦) على أن «إنشاء النقابات والاتحادات على أساس ديمقراطي حق يكفله القانون وتكون لها

الشخصية الاعتبارية. . . . .». وكانت المادة (٧) منه قد نصت من قبل على أن «يقوم المجتمع على التضامن الاجتماعي». لذا فلم يكن مستغرباً أن تقرر المحكمة الدستورية العليا أن «الحق في التجمع بما يقوم عليه من انضمام عدد من الأشخاص إلى بعضهم لتبادل وجهات النظر في شأن المسائل التي تعنيهم، من الحقوق التي كفلتها المادتان (٥٤) (٥٥) من الدستور، وذلك سواء نظرنا إليه باعتباره حقاً مستقلاً عن غيره من الحقوق، أم على تقدير أن حرية التعبير تشتمل عليه باعتباره كافلاً لأهم قنواتها، محققاً من خلالها أهدافها. وحيث إن هذا الحق ـ وسواء كان حقاً أصيلاً أم تابعاً ـ أكثر ما يكون اتصالاً بحرية عرض الآراء وتداولها كلما أقام أشخاص يؤيدون موقفاً أو اتجاهاً معيناً، تجمعاً منظماً Ordered Assemblage يحتويهم، ويوظفون فيه خبراتهم ويطرحون آمالهم، ويعرضون فيه كذلك لمصاعبهم، ويتناولون بالحوار ما يؤرقهم، ليكون هذا التجمع نافذة يطلون منها على ما يعتمل في نفوسهم، وصورة حية لشكل من أشكال التفكير الجماعي Collective Thinking، وكان تكوين بنيان كل تجمع ـ وسواء كان الغرض منه سياسياً أو نقابياً أو مهنياً ـ لا يعدو أن يكون عملاً اختيارياً لا يساق الداخلون فيه سوقاً، ولا يمنعون من الخروج منه قهراً. وهو في محتواه لا يتمحض عن مجرد الاجتماع بين أشخاص متباعدين ينعزلون عن بعضهم البعض، بل يرمي بالوسائل السلمية إلى أن يكون إطاراً يضمهم ويعبرون فيه عن مواقفهم وتوجهاتهم. ومن ثم كان هذا الحق متداخلاً مع حرية التعبير، ومكوناً لأحد عناصر الحرية الشخصية التي لا يجوز تقييدها بغير اتباع الوسائل الموضوعية والإجرائية التي يتطلبها الدستور أو يكفلها القانون، واقعاً عند البعض في نطاق الحدود التي يفرضها صون خواص حياتهم وأعماق حرمتها، بما يحول دون اقتحام أغوارها أو تعقبها لغير مصلحة جوهرية لها معينها لازماً اقتضاءً، ولو لم يرد بشأنه نص في الدستور، كافلاً للحقوق التي أحصاها ضماناتها محققاً فعاليتها سابقاً على وجود الدساتير ذاتها، مرتبطة بالمدنية في مختلف مراحل تطورها، كامناً في النفس البشرية تدعو إليه فطرتها، وهو فوق هذا من الحقوق التي لا يجوز النزول عنها. بل أن حرية التعبير ذاتها تفقد قيمتها إذا جحد المشرع حق من يلوذون بها في الاجتماع المنظم، وحجب بذلك تبادل الآراء في دائرة أعرض، بما يحول دون تفاعلها وتصحيح بعضها البعض، ويعطل تدفق الحقائق التي تتصل باتخاذ القرار ويعوق انسياب روافد تشكيل الشخصية الإنسانية التي لا يمكن تنميتها إلا في شكل من أشكال الاجتماع». وتضيف المحكمة بذات القضاء أن «هدم حرية الاجتماع، إنما يقوض الأسس التي لا يقوم بدونها نظام حكم يكون مستنداً إلى الإرادة الشعبية، ولا تكون الديمقراطية فيه بديلاً مؤقتاً، أو إجماعاً زائفاً، أو تصالحاً مرحلياً لتهدئة الخواطر. بل شكلاً مثالياً لتنظيم العمل الحكومي وإرساء قواعده. ولازم ذلك امتناع

تقييد حرية الاجتماع إلا وفق القانون، وفي الحدود التي تتسامح فيها النظم الديمقراطية وترتضيها القيم التي تدعو إليها»[١].

٢/٢٠٩ ـ وفي خصوص تكوين النقابات ـ أي حق الاجتماع النقابي ـ، ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أن «حق العمال في تكوين تنظيمهم النقابي، وكذلك حرية النقابات ذاتها في إداراتها لشؤونها، بما في ذلك إقرار القواعد التي تنظم من خلالها اجتماعاتها وطوائف عملها وتشكيل أجهزتها الداخلية وأحوال اندماجها في غيرها، ومساءلتها لأعضائها عما يقع منهم مخالفاً لنظمها، لا ينفصلان عن انتهاجها الديمقراطية أسلوباً وحيداً ينبسط على نشاطها ويكفل بناء تشكيلاتها وفق الإرادة الحرة للعمال المنضمين إليها. بغض النظر عن آرائهم ومعتقداتهم أو توجهاتهم، فلا يجوز بوجه خاص إرهاقها بقيود تعطل مباشرتها لوظائفها ولا أن يكون تمتعها بالشخصية الاعتبارية معلقاً على قبولها الحد من ممارستها، ولا أن يكون تأسيسها موقوفاً على إذن من الجهة الإدارية، ولا أن تحل هذه نفسها محل المنظمة النقابية فيما تراه أكفل لتأمين مصالح أعضائها والنضال من أجلها». لتستطرد المحكمة في الحكم ذاته ذاهبة إلى «ذلك مؤداه أن التنظيم النقابي يتمحض تصرفاً حراً لا تهيمن عليه سلطة الإدارة، بل يستقل عنها ليظل بعيداً عن سيطرتها. وكان الدستور بما نص عليه في المادة (٥٦) من قيام النقابات واتحاداتها على أساس ديمقراطي قد دل على أن حكمها جاء عاماً مطلقاً، منصرفاً إلى كل تنظيم نقابي ـ مهنياً كان أم عملياً ـ ممتداً إلى تشكيلاتها جميعاً على تباين مستوياتها»[٢].

٣/٢٠٩ ـ وعن حرية الانضمام إلى الجماعات، ذهبت المحكمة إلى أنه «من المقرر أن حرية الانضمام إلى جمعية أو جماعة من أجل أن يدافع من يلوذون بها عن معتقداتهم أو آرائهم، تُعد جزءً لا يتجزأ من حرياتهم الشخصية، سواء كانت آراؤهم أو معتقداتهم التي يريدون الدفاع عنها أو إنماءها، تندرج تحت المسائل السياسية أو الاقتصادية أو الدينية أو الثقافية أو الاجتماعية، فلا يجوز لسلطة أن تعرقل طرحها أو نقلها إلى آخرين، وإلا كان لهذه المحكمة أن تفرض رقابتها الصادرة على هذه الأشكال من التدخل التي لا يظاهرها الدستور بعد أن كفل بالمواد (٤٦) (٤٧) (٤٨) (٤٩) (٦٣) حرية العقيدة وحرية التعبير عن الآراء وحرية الصحافة والطباعة والنشر ووسائل الإعلام، وكذلك حق الناس جميعاً في أن يتقدموا إلى السلطة العامة بظلاماتهم يعرضونها دون وجل، كي يردوا عنهم جوراً أو عدواناً أحاط بهم. وما حرية الاجتماع إلا إطاراً منظماً يسع التعبير عن هذه الحريات والحقوق جميعها، فلا يكون إلا كافلاً

---

(١) المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم ٦ لسنة ١٥ق.د.، جلسة ١٩٩٥/٤/١٥.

(٢) المحكمة الدستورية العليا ـ الدعوى رقم ٧٧ لسنة ١٩ ق د ـ جلسة ١٩٩٨/٢/٧.

جوهرها، ميسراً إنفاذها، ضامناً فعاليتها، وعلى الأخص كلما كان التعبير عن الآراء واقعاً في محيطها المتصل بالمسائل العامة التي تقتضي بصراً بأبعادها، وعمقاً في عرض جوانبها وصلابة في تعرية نواحي القصور فيها. وحيث إن ما تقدم مؤداه، أن ثمة علاقة وثيقة Close Nexus بين حرية القول وحرية الاجتماع، وأن الاجتماع مع آخرين من أجل عرض آرائهم وتطويرها ضرورة يقتضيها تنظيم الأفراد لنشاطهم فلا تتعثر جهودهم بل يكون تكفلها طريقاً إلى النفاذ إلى الحقائق على اختلافها بما يحول دون كتمانها أو التجهيل بها أو تقليص دائرتها. بل إن حرية الاجتماع ذاتها هي التي يتفرع عنها حقهم في بناء تنظيم مشروع يضمهم، وعلى الأخص كلما كان هذا التنظيم سياسياً أو نقابياً، فلا يحمل الفرد على اختيار تنظيم منها دون آخر، ولا على التخلي عن عضويته في تنظيم قائم، ولا على الإعراض عن إنشاء تنظيم جديد يراه أكفل للدفاع عن المصالح السياسية أو الاقتصادية التي يؤمن بها. ولا يجوز بالتالي أن تفرض السلطة التشريعية على حرية الاجتماع قيوداً من أجل تنظيمها، إلا إذا حملتها عليها مشروعية المصالح التي وجهتها لتقريرها، وكان لها كذلك سند من ثقلها وضرورتها، وكان تدخلاً ـ من خلال هذه القيود ـ بقدر حدة هذه المصالح وجدتها»[(١)]. وبحكم حديث للمحكمة الدستورية العليا، في شأن الطعن في دستورية نص المادة الثانية من القانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية، الذي انتهت فيه المحكمة إلى عدم دستورية القانون بأكمله، لعدم صدوره وفق الإجراءات الدستورية المقررة لإصدار هذا القانون[(٢)]، ذهبت المحكمة في معرض تأصيل قضاءها إلى أن «ثمة شرطين يتعين اجتماعهما معاً لاعتبار مشروع قانون معين مكملاً للدستور: **(أولهما)** أن يكون الدستور ابتداء قد نص صراحة في مسألة بعينها على أن يكون تنظيمها بقانون أو وفقاً لقانون أو في الحدود التي يبينها القانون أو طبقاً للأوضاع التي يقررها، فإن هو فعل، دل ذلك على أن هذا التنظيم بلغ في تقديره درجة من الأهمية والثقل لا يجوز معها أن يُعهد به إلى أداة أدنى. **(ثانيهما)** أن يكون هذا التنظيم متصلاً بقاعدة كلية مما جرت الوثائق الدستورية على احتوائها وإدراجها تحت نصوصها، وتلك هي القواعد الدستورية بطبيعتها التي لا تخلو منها في الأعم أية وثيقة دستورية، والتي يتعين كي يكون التنظيم التشريعي مكملاً لها أن يكون محدداً لمضمونها مفصلاً لحكمها مبيناً لحدودها. بما مؤداه أن الشرط الأول وإن كان لازماً كأمر مبدئي يتعين التحقق من توافره قبل الفصل في أي نزاع حول ما إذا كان مشروع القانون المعروض يُعد أو لا يُعد مكملاً للدستور،

(١) المحكمة الدستورية العليا، دعوى رقم ٨٦ لسنة ١٨ ق.د.، جلسة ٦/١٢/١٩٩٧، مجموعة أحكام المحكمة، الجزء الثامن، القاعدة (٦٨)، ص١٠٠٥، ص١٠٠٦.

(٢) المحكمة الدستورية العليا ـ دعوى رقم ١٥٣ لسنة ٢١ ق د ـ جلسة ٣/٦/٢٠٠٠.

إلا أنه ليس الشرط الوحيد، بل يتعين لاعتبار المشروع كذلك أن يقوم الشرطان معاً متضافرين استبعاداً لكل مشروع قانون لا تربطه أية صلة بالقواعد الدستورية الأصيلة، بل يكون غريباً عنها مقحماً عليها». وبعد استعراض المحكمة للوثائق الدستورية بعديد من الدول وكذا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والدستور المصري الحالي الذي فرض على السلطتين التشريعية والتنفيذية من القيود، ما إرتآه كفيلاً بصون الحقوق والحريات العامة وفي صدارتها حرية الاجتماع، كي لا تقتحم إحداهما المنطقة المحمية بهذا الحق أو الحرية، وبعد تأكيدها على كون «تطوير هذه الحقوق والحريات وإنماؤها من خلال الجهود المتواصلة الساعية لإرساء مفاهيمها الدولية بين الأمم المتحضرة، مطلباً أساسياً، توكيداً لقيمتها الاجتماعية وتقديراً لدورها في مجال إشباع المصالح الحيوية المرتبطة بها»، ذهبت المحكمة إلى أن «منظمات المجتمع المدني ـ وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة ـ هي واسطة العقد بين الفرد والدولة، إذ هي الكفيلة بالارتقاء بشخصية الفرد بحسبانها القاعدة الأساسية في بناء المجتمع، عن طريق بث الوعي ونشر المعرفة والثقافة العامة. ومن ثم تربية المواطنين على ثقافة الديمقراطية والتوافق في إطار من حوار حر بناء، وتعبئة الجهود الفردية والجماعية لإحداث مزيد من التنمية الاجتماعية والاقتصادية معاً، والعمل بكل الوسائل المشروعة على ضمان الشفافية، وترسيخ قيمة حرمة المال العام، والتأثير في السياسات العامة وتعميق مفهوم التضامن الاجتماعي». لتستطرد قائلة إن «من المقرر أن حق المواطنين في تكوين الجمعيات الأهلية هو فرع من حرية الاجتماع، وأن هذا الحق يتعين أن يتمحض تصرفاً إرادياً حراً لا تتدخل فيه الجهة الإدارية بل يستقل عنها، ومن ثم تنحل هذه الحرية إلى قاعدة أولية تمنحها بعض الدول ـ ومن بينها جمهورية مصر العربية ـ قيمة دستورية في ذاتها، لتكفل لكل ذي شأن حق الانضمام إلى الجمعية التي يرى أنها أقدر على التعبير عن مصالحه وأهدافه، وفي انتقاء واحدة أو أكثر من هذه الجمعيات ـ حال تعددها ـ ليكون عضواً فيها، وما هذا الحق إلا جزء لا يتجزأ من حريته الشخصية، التي أعلى الدستور قدرها، فاعتبرها ـ بنص المادة (٤١) ـ من الحقوق الطبيعية، وكفل ـ أسوة بالدساتير المتقدمة ـ صونها وعدم المساس بها، ولم يجز الإخلال بها من خلال تنظيمها». ثم عمدت المحكمة بعد ذلك إلى جدل حرية الاجتماع بحرية التعبير، ذاهبة إلى أن حرية التعبير «بوصفها الحرية الأصل التي لا يتم الحوار المفتوح إلا في نطاقها، وبدونها تُفقد حرية الاجتماع ولا تكون من فائدة، وبها يكون الأفراد أحراراً لا يتهيبون موقفاً ولا يترددون وجلاً ولا ينتصفون بغير الحق طريقاً. ذلك أن ما توخاه الدستور من خلال ضمان حرية التعبير ـ وعلى ما أطرد عليه قضاء هذه المحكمة ـ هو أن يكون التماس الآراء والأفكار وتلقيها عن الغير ونقلها إليه غير مقيد بالحدود الإقليمية على اختلافها ولا منحصر في

مصادر بذواتها تعد من قنواتها، بل قصد أن تترامى آفاقها وأن تتعدد مواردها وأدواتها، سبباً لتعدد الآراء وابتغاء إرسائها على قاعدة من حيدة المعلومات». ثم انطلق الحكم في تأصيل ماهية حق الاجتماع، فذكر أن «حق الاجتماع يتداخل مع حرية التعبير، مكوناً لأحد عناصر الحرية الشخصية التي لا يجوز تقييدها بغير اتباع الوسائل الموضوعية والإجرائية التي يتطلبها الدستور أو يكفلها القانون لازماً اقتضاء، حتى لو لم يرد بشأنه نص في الدستور كافلاً للحقوق التي أحصاها، ضماناتها، محققاً فعالياتها، سابقاً على وجود الدساتير ذاتها، مرتبطاً بالمدنية في مختلف مراحل تطورها، كامناً في النفس البشرية تدعو إليه فطرتها، وهو فوق هذا من الحقوق التي لا يجوز تهميشها أو إجهاضها. بل إن حرية التعبير ذاتها تفقد قيمتها إذا جحد المشرع حق من يلوذون بها في الاجتماع المنظم وحجب بذلك تبادل الآراء في دائرة أعرض بما يحول دون تفاعلها وتصحيح بعضها البعض، ويعطل تدفق الآراء التي تتصل باتخاذ القرار، ويعوق انسياب روافد تشكيل الشخصية الإنسانية التي لا يمكن تنميتها إلا في شكل من أشكال الاجتماع. كذلك فإن هدم حرية الاجتماع إنما يقوض الأسس التي لا يقوم بدونها نظام للحكم يكون مستنداً على الإرادة الشعبية، ومن ثم فقد صار لازماً ـ وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة ـ امتناع تقييد حرية الاجتماع إلا وفق القانون، وفي الحدود التي تتسامح فيها النظم الديمقراطية، وترتضيها القيم التي تدعوا إليها، ولا يجوز ـ بالتالي ـ أن تفرض السلطة التشريعية على حرية الاجتماع قيوداً من أجل تنظيمها، إلا إذا حملتها عليها خطورة المصالح التي وجهتها لتقريرها، وكان لها كذلك سند من ثقلها وضرورتها، وكان تدخلها ـ من خلال هذه القيود ـ بقدر حدة هذه المصالح ومداها».

٢٠٩/ ٤ ـ ولنا على هذه الأحكام ملاحظات نوجزها فيما يلي:

أولاً: اعتداد المحكمة بالجماعات الفردية: بلغت المحكمة شأواً متقدماً في إدراك كنه مكون الوجود الضروري للجماعة، حتى أنها عدت حق الاجتماع، من الحقوق الأصيلة وثيقة الاتصال بالجماعة التي يؤثر هدمها على المجتمع كله، مما يقوض أسس نظام الحكم المستند بالأساس إلى الإرادة الجمعية لهذه الجماعة السياسية العامة. والمحكمة في هذا الخصوص تعتد بالجماعات الفرعية، التي قد تتعدد بتعدد أطر الانتماء، سياسية كانت أم اقتصادية أم دينية أم ثقافية أم اجتماعية، حيث إن كلاً من هذه الجماعات إنما يعبر عن عدد من الأفراد الذي يجتمعون في كيان واحد، دفاعاً عن انتمائهم وأفكارهم وآرائهم، وهم في ذلك الاجتماع يدافعون عن مصالحهم التي يؤمنون بها. فالجماعات الفرعية إنما هي واسطة العقد بين الفرد والدولة، الكفيلة بالارتقاء بشخصية الأول باعتباره قاعدة أساس المجتمع وأداة تعبئة الجهود الفردية والجمعية لإحداث مزيد من التنمية الاجتماعية والاقتصادية.

ثانياً: حق الاجتماع وقف على إرادة الأفراد: انطلاقاً من هذه الرؤية الواضحة لشأن الاجتماع، ودوره عنصراً من عناصر تكوين وجود الجماعة، وعلى هدى من نصوص الدستور كافلة هذا الحق، عمدت المحكمة إلى التأكيد مراراً وتكراراً على حقيقة، استواء حق الاجتماع إرادياً صرفاً، يتقرر لكل فرد وكل جماعة، دونما هيمنة عليه من قبل سلطة الدولة، كونه من الحقوق البعيدة عن سيطرتها. ومن ثم فليس ثمة سبيل لتقييد هذه الحرية بأي صورة تكون أو تحت أي دعوى من الدعاوى، إلا بمقتضى قانون. والقانون بدوره لا يملك من هذه السلطات إلا في الحدود التي يتسامح فيها في النظم الديمقراطية وترتضيها القيم التي يتأصل عليها وضع هذا النظم. ومن ثم فليس من سبيل أمام السلطة التشريعية للتمحل بالتنظيم وصولاً لتقييد حق الاجتماع، إلا إذا كان هناك خطورة يرجى مواجهتها، وهي خطورة يتعين أن يكون لها ثقلها وضرورتها. وحينئذ يتعين في القيود التي ترد في هذا الشأن، أن تستوي منضبطة بحدود درء تلك الخطورة دون أن تتعداها بأي حال من الأحوال. وهكذا تكون المحكمة قد قيدت الدولة ومؤسساتها، بقيد حرية الاجتماع بوصفه من عناصر تكوين الجماعة. أي إن الدولة بذلك تكون قد وضعت هذا الحق، قاعدة من قواعد النظام العام ساكنة المستوى الارتكازي القاعدي لهيكل مفهوم النظام العام، الذي يحد ويقيد الدولة وعناصرها الساكنة بالمستوى الفوقي لهذا الهيكل والمنضبط بحكم التدرج الهرمي بالمستوى الأول. هذا التقييد لا يحده سوى تعارض مصالح أو قواعد أخرى، تكون من ذات درجة وقيمة وأهمية حق الاجتماع، فيرد على الحق الأخير من القيود ما يزيل هذا التعارض، فيسمح لكل قاعدة من هذه القواعد بالتفاعل المنتظم، وهذا كله دون التغول على حق الاجتماع، وفي إطار من صحيح الفهم للقيم الديمقراطية الأصيلة، التي ينبني عليها نظام الحكم بالدولة وأصول الاجتماع الإنساني.

ثالثاً: ربط المحكمة الحقوق والحريات بعضها ببعض: يحسب كذلك للمحكمة، أنها عمدت أخيراً إلى جدل عناصر المكون الضروري لوجود الجماعة بعضها ببعض، فلم تقم بفصل حق الاجتماع عن غيره من الحقوق الأخرى، وإنما قامت بتأصيل هذا الحق على هدى من حقوق التعبير وإبداء الرأي والاعتقاد والنشر والصحافة وحق الأفراد في التقدم بظلاماتهم إلى السلطة العامة حيث يكون التترس بمثل هذه الجمعيات الأهلية والنقابات كافلاً بلوغ ظلاماتهم إلى هذه السلطات والدفاع عنها أمامها. وهو تطور مهم في إدراك طبيعة مكون الجماعة، كونه جسداً واحداً تتكامل أعضاؤه، ومن ثم فمن غير المتصور أن يكون في المساس بأي من هذه الأعضاء عدم مساس بباقي الجسد، فالكل واحد، وأقل ما يمس أياً من عناصره إنما يمثل إهداراً لهذا الكل. الأمر الذي يلقي مزيداً من القيود على الدولة وهي بصدد التعامل مع الجماعة، دعماً

للمستوى الارتكازي لهيكل مفهوم النظام العام في مواجهة المستوى الفوقي، إذ يقيم ترابطاً حيوياً بين عناصر المستوى الأول وقواعده، جاعلاً المساس بأي من هذه القواعد، مساساً بالمستوى كله.

رابعاً: انتقاد الاستناد إلى المفاهيم الدولية الأجنبية: وإن كان يؤخذ على اتجاه المحكمة في هذا الخصوص، ميلها لأجل إسناد حق الاجتماع، باعتباره قيمة عليا تقيد الدولة، إلى منحه بعداً دولياً عالمياً، يستمد منه الحق تسيده وأصوله القيمية. وهو اتجاه يهدف إلى رد مشروعية حق الاجتماع، إلى مرجعيتها الدولية التي تتأصل على هدى من إعلان حقوق الإنسان واتفاق عديد من الدساتير بالدول المختلفة على إقرار هذا الحق. وهو أمر في غاية الخطورة، كونه من جهة ينكر على الجماعة حقها في أن تكون هي وحدها مصدر شرعية أصولها وكلياتها، ومن أخرى، يفتح الذرائع للعنصر الدولي، كي يتلاعب حسبما يشاء في قيم الجماعة، تارة برفض بعض أصولها على سند من أن الواقع الدولي لا يقرها، وتارة أخرى بفرض بعض القيم منبتة الصلة بالجماعة عليها، لكونها تلقي قبولاً دولياً. خاصة أنه وعلى ضوء ما تقدم، ليس في هيكل مستويات مفهوم النظام العام مستوىً يرتد بمرجعيته إلى الواقع الدولي. إنما المستويات كما حددناها، ثلاثة، أولهما الارتكازي الذي يعبر عن كليات مكون الوجود الضروري للجماعة، منطوياً بثنياته على تلك التي تخص الفرد، وثانيهما الفوقي الذي يعبر عن أصول مكون الوجود الضروري للدولة، وثالثهما الفرعي الذي يعد انعكاساً جزئياً لقواعد المستويين الأوليين، فيتضمن الأحكام الفرعية التطبيقية لتلك الأحكام الكلية الأصولية المتوطنة بالمستويين الأوليين. وعليه فليس ثمة مستوىً داخل هيكل مفهوم النظام العام يستمد شرعيته من المرجعية الدولية، أي تتأصل قواعده على هدي مما يلقى قبولاً دولياً. الأمر الذي يضحى معه تأصيل المحكمة لحق الاجتماع على أساس من القبول الدولي، أمراً غير جائز لعدم جدواه، من ناحية، كون الواقع الدولي لا يحمل أي مرجعية شرعية لأحكام قواعد النظام العام، ولخطورته من ناحية أخرى على الكيان القانوني للجماعة.

المبحث الثالث

قضاء المشروعية (مجلس الدولة: قضاءً وإفتاء)

٢١٠ ـ موقف مجلس الدولة قضاءً وإفتاءً من بعض عناصر المكونين الضروريين لوجود كل من الفرد والجماعة: يجدر بداية التنويه إلى أن مجلس الدولة يتولى مراقبة مشروعية القرارات الإدارية التي تصدر عن الجهة الإدارية بتقرير مدى توافقها أو اختلافها مع أحكام المشروعية الضابطة للمسألة موضع القرار. من هذه الوجهة، فهو لا يقرر اتجاهات مستقلة عما تقرره نصوص القوانين الحاكمة بهذا الخصوص، بل هو منضبط بضوابطها، منتظم بأصل شرعتها. وعليه فإن ما تفصح عنه أحكامه من اتجاهات، إنما تمثل الفهم الدقيق لصحيح حكم القانون، وتكشف عن وجه الجدة بنصوص هذه القوانين وأحكامها.

ونحن في هذا الصدد، سوف نتعرض لبعض أقضية مجلس الدولة وفتاواه، المتعلقة ببعض عناصر مكوني الوجود الضروري لكل من الفرد والجماعة في شأن حقوق التعليم وحرية الاعتقاد وحرية الرأي وحق الاجتماع.

٢١١ ـ أولاً: موقف مجلس الدولة من حق التعليم والتعلم: تعرض مجلس الدولة، منذ حداثة نشأته، لهذا الحق، في عديد من الأحكام والفتاوى، التي أصدرتها أجهزته في خاصة هذا الشأن، إذ استوى عمله غير بعيد في مجمله عما استوى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا. وهو ما يجد علته في النصوص القانونية شديدة التقييد لهذا النوع من أنواع النشاط البشري، وذلك لصالح الدولة على حساب كل من الفرد والجماعة. غير أنه ولكون عمل مجلس الدولة يتعلق بالأساس بالمسائل الفرعية التطبيقية في جزئيات الأحكام، فقد تمكن في غير قليل من أعماله، من إفساح مجال للجماعة كي تباشر نشاطها التعليمي على النحو الذي ترتأيه، الأمر الذي كان بالطبع في حدود ما هو مقرر للدولة، دستوراً وقانوناً، من سلطان أعلى في رسم السياسات التعليمية والإشراف عليها وإدارتها حسبما تراه موافقاً لصالحها العام. وهذا ما نجده في قضاء قديم لمحكمة القضاء الإداري، انتهت فيه المحكمة إلى إلغاء قرار إقصاء ناظرة مدرسة المعهد الفرنسي، الذي كان قد صدر استناداً إلى عدم تمتعها بالجنسية المصرية وعدم حصولها على إذن خاص من وزارة المعارف، طبقاً لما تقتضيه أحكام القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٤٨ والقرار الوزاري المنظم له. وقد شادت المحكمة قضاءها المذكور على

سند من أنه «لم يشترط فيمن يعمل ناظراً بمدرسة حرة أن يكون مصرياً، ومفهوم ذلك أن القانون لم يمنع الأجانب من العمل في المدارس الحرة، ومن ثم فلا يجوز حرمان غير المصريين من العمل في هذه المدارس، ما دام القانون لم ينص على هذا الحرمان. إذ الأصل في أهمية العمل هنا هو الإطلاق، ما لم يقيد الإطلاق بنص صريح يحد من أهمية العمل ويمنع التمتع به. كما أنه لا يجوز الخروج على ما يقرره القانون في هذا الشأن، بوضع قواعد لا تتفق وأحكامه أو تعطلها أو تضع قيداً جديداً عليها، والقول بوجوب الحصول على إذن من وزارة المعارف بتعيين الأجنبي ناظراً أو مدرساً بمدرسة حرة، ينطوي في واقع الأمر على قيد وارد على حق أباحه القانون»[1]. هذا القضاء وإن كان يبدو للوهلة الأولى، تعلقه بحق العمل، إلا أن الفحص الدقيق لمحله، يكشف تعلقه في الأساس بوجه من أوجه الحق في التعليم، فالمحكوم لصالحها لا تعدم شرائط ممارسة مهنة التدريس ونظارة المدرسة، وإنما المشكل يتعين في جنسيتها غير المصرية وعدم حصولها على إذن بذلك، وهي أمور وثيقة الاتصال بالحق في ممارسة التعليم، الذي يبدو من القرار الطعين أنه تم احتكاره كاملاً من قبل الدولة، حيث تغدو هي المانح الواهب لهذا الحق، لا وفق ما تقضي به أحكام القانون فحسب، بل أيضاً حسبما تضعه من قيود تضاف إلى القيود التي يضعها القانون. فنحن في هذا القضاء أمام تصرف قانوني صادر عن السلطة التنفيذية، جهة الإدارة الممثلة في وزارة المعارف، يتضمن قيداً على أحد الأفراد وهي المحكوم لصالحها، استهدف آثاراً قانونية، تتمثل في حرمانها من ممارسة التدريس وإقصائها من نظارة مدرسة المعهد الفرنسي نتيجة وجود قيد هو اشتراط حصولها مسبقاً كي تمارس هذا العمل على الجنسية المصرية فضلاً عن إذن خاص من الوزارة بممارسة هذا العمل. وهنا موضع مخالفة النظام العام. فالقانون على ما يتبين، انتظم سلطان جهة الإدارة التنظيمي في خاصة الشأن التعليمي، مقرراً للأفراد حق ممارسة التعليم، حال توافر الشروط التي يقررها القانون، فإن حادت جهة الإدارة عن ذلك وزادت من الشروط المقررة قانوناً لممارسة أحد الحقوق المعينة دستورياً، زيادة عما قرره القانون، تجاوزاً بذلك لحدود سلطانها، فإنها تكون مخالفة لإحدى قواعد النظام العام. تلك القاعدة مركبة مسلسلة بعدد من الحلقات، الأولى واردة في المستوى الارتكازي لهيكل هذا المفهوم ممثلة في حق الأفراد في ممارسة نشاط أو مهنة التعليم. والحلقة الأخرى واردة في المستوى الفوقي ممثلة في تقرير حق الدولة الأصيل في تنظيم هذه الممارسة، من حيث شروطها وكيفية ممارستها وإدارتها

---

(١) محكمة القضاء الإداري، قضية رقم ٣٨٥ لسنة ٧ق.، جلسة ٢٣/٥/١٩٥٤، القاعدة (٧٦١)، مجموعة أحكام مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، السنة الثامنة، المجلد الثالث، ص١٤٧٥.

والإشراف عليها. لتأتى في المستوى الفرعي، الأحكام الخاصة بهذه الممارسة، وهي الأحكام التي عينتها السلطة المختصة في الدولة ـ المشرع ـ من شروط لازمة لهذه الممارسة. ومن ثم تضحى هذه الأحكام الفرعية واجبة الالتزام، لا فرضاً على الأفراد وحدهم، بل أيضاً فرضاً على سلطات الدولة الأخرى كافة. الأمر الذي ليس ثمة سبيل معه أمام سلطات الدولة لتجاوزه بتقرير قيود وشروط تزيد على ما هو مقرر، كون ذلك إنما يصير عدواناً من جانبها على حق التعليم الوارد بالمستوى الارتكازي، باعتبار هذا الحق المركب بحلقاته المسلسلة لا يجوز تقييده إلا من خلال هذه الحلقات. فلا يجوز أن يأتي قيد من خارج هذه الحلقات، وإلا كان القيد غير مشروع لمخالفته لمفهوم النظام العام. وتكون المحكمة حينئذ قد أصابت عندما قامت بإلغاء القرار الطعين باعتباره مستنداً على سبب غير مشروع، فالسبب الوحيد الذي يُعد مشروعاً في هذه الحال هو الذي يجد سنده، إما في قيد وارد بالمستوى الفوقي أو قيد وارد بالمستوى الفرعي، وإذ لم يكن أي من شرطي الجنسية والحصول على إذن مسبق لممارسة التدريس من القيود الواردة بأي من هذين المستويين، فإن سبب القرار على هذا النحو لا يكون مشروعاً. بل يغدو بذلك معتدياً على قاعدتين من قواعد النظام العام، الأولى واردة بالمستوى الارتكازي وهي القاعدة المقرزة لحق الفرد في التدريس، والثانية في المستوى الفرعي مقررة حدود وسلطان الدولة في التقييد، حيث يتمثل وجه العدوان في كون الحرمان من هذا الحق المذكور إنما كان لسبب مرجعه غير الحدود والقيود المقررة دستوراً وقانوناً.

وجدير بالذكر أن هذا الحق، بحسب الأصل، هو أحد الحقوق الأصيلة وثيقة الاتصال بشخص الفرد التي تسكن المستوى الارتكازي، بيد أنه حجب عن مباشرته كلياً لصالح الدولة التي صارت المقرر الوحيد لكيفية مباشرته وشروط تلك المباشرة وحدودها، فضلاً عن كونها المشرف والمدير الوحيد لهذه المباشرة.

٢١١/١ ـ وفي حكم آخر، ذهبت محكمة القضاء الإداري، إلى صحة قرار وزير التعليم رقم ٨٩ لسنة ١٩٦٥ الذي قررت مادته الأولى حق المنظمات الشعبية، معاونة منها لمرفق التربية والتعليم، في إنشاء مدارس أو فصول صباحية أو مسائية بمرحلتي التعليم الابتدائي والإعدادي وكذلك في إعادة القيد بالصف الثالث الثانوي، حال نصت مادته الثانية على اعتبار هذه الفصول مدارس خاصة تخضع للقانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٨ في شأن تنظيم المدارس الخاصة بالجمهورية العربية المتحدة. وقررت مادته الرابعة اتخاذ نموذج اللائحة المرافق لهذا القانون أساساً لكل لائحة داخلية لأي من الوحدات التعليمية والفصول التي تنشئها المنظمات الشعبية، كما يتخذ أساساً لوضع أو تعديل اللوائح الداخلية للوحدات التي أنشأها الاتحاد الاشتراكي في المحافظات. وقد

استندت المحكمة فيما انتهت إليه من صحة هذا القرار، إلى أنه لما كانت المادة الأولى من القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٨ في شأن تنظيم المدارس الخاصة، قد نصت على أن «تعتبر مدرسة خاصة فيما يتعلق بتطبيق أحكام هذا القانون كل مؤسسة غير حكومية تقوم أصلاً أو بصفة فرعية بالتربية والتعليم أو الإعداد للمهن الحرة أو أية ناحية من نواحي التثقيف العام أياً كانت جنسية أصحابها أو الهيئة التابعة لها». فإن القرار الطعين لم يكن لينشئ أي مرفق جديد للتعليم، إذ أن كل ما تضمنه هو التصريح للمنظمات الشعبية بفتح مدارس أو فصول في المراحل التعليمية التي أشار إليها، مع إخضاعها للقانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٨، وإذ كان الاتحاد الاشتراكي العربي شخصاً معنوياً، من بين اختصاصات لجانه العاملة بالمحافظات، الاضطلاع بتنمية المستوى الاجتماعي والثقافي والاقتصادي والروحي للجماهير، والتعاون مع جميع الهيئات والمنظمات المحلية تحقيقاً لذلك، مع التعرف على حاجيات الجماهير ومشاكلها والعمل على حلها. فمن ثم يضحى من ضمن اختصاصاته المشاركة في النشاط التعليمي الخاص، بوصف الاتحاد الاشتراكي من الجماعات المسموح لها بذلك «إذ أن هذه المشاركة تدخل في مدلول تنمية المستوى الثقافي وكذلك في مدلول التعرف على مشاكل الجماهير والعمل على حلها»، خاصة أنه يتميز «بطبيعة خاصة وهي أنه جهاز شعبي مستقل عن الحكومة وعن السلطة التنفيذية بالذات وهذه الطبيعة هي التي تميز أوجه نشاطه عن أوجه النشاط الحكومي وتجعل لها طبيعة خاصة وإذا كانت بعض هذه الأوجه تماثل أوجه النشاط الحكومي إلا أنها لا تأخذ طبيعتها الحكومية وإنما تظل محتفظة بصبغتها الشعبية». وعليه فإن نشاط الاتحاد الاشتراكي في مجال إنشاء وإدارة المدارس، لا يعتبر إدارة لأحد أنشطة المدارس الحكومية أو شبه الحكومية، وإنما هو إدارة لمدارس تنبثق عن النشاط الشعبي للاتحاد الاشتراكي معاونة للمدارس الحكومية. الأمر الذي يغدو معه القرار الطعين صحيحاً لا تثريب عليه ولا وجه للنيل منه[1]. هذا القضاء يؤخذ عليه، تأويله غير الصائب لمفهوم المؤسسات غير الحكومية، ومحاولته تخريج المنظمات الشعبية ممثلة في الاتحاد الاشتراكي، على النحو الذي ينطبق عليه مدلول المؤسسات غير الحكومية. ذاك أن الاتحاد الاشتراكي ليس كما ذهب الحكم جهازاً شعبياً مستقلاً عن الحكومة والسلطة التنفيذية وإنما هو، حسبما انتهت العديد من الأحكام والفتاوى، يُعد أحد مؤسسات الدولة السياسية، أنشأته الدولة كي يقوم بحشد القوى السياسية الفاعلة بالجماعة المصرية لتنخرط في اتجاه سياسي موحد يمثل الاتجاه العام للدولة وسياساتها. وأقوى دلالة على ذلك أن

(١) محكمة القضاء الإداري، القضية رقم ١١٢ لسنة ٢٦ق.، جلسة ١٧/٤/١٩٧٣، القاعدة (١١٥)، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة ٢٧، ص٢٢٣.

الانتساب إلى الاتحاد الاشتراكي، كان شرط عضوية المجلس النيابي. وعليه فليس صحيحاً ما انتهى إليه الحكم من كون الاتحاد الاشتراكي جهازاً شعبياً مستقلاً عن الدولة، مما يجعله موضع انطباق حكم المادة الأولى من القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٨ الخاص بتنظيم المدارس الخاصة، لا سيما وهذا القانون، عندما تحدث عن المؤسسات غير الحكومية، ربط هذه المؤسسات بطبيعة ممارسة نشاط أصلي أو فرعي بمجالات التربية والتعليم والإعداد لممارسة المهن الحرة، وهي جميعها أمور تبعد عن النشاط الأساسي، بل حتى الفرعي، للاتحاد الاشتراكي. إلا أن هذا الخطأ الذي يؤخذ على المحكمة في قضائها المذكور، يتضاءل إذا نظرنا إلى النتيجة المتحققة من وراء الحكم. فالبادي من هذا القضاء أن المحكمة، تمحلت بالقرار الوزاري ـ موضع الطعن ـ لإيجاد ثغرة تنفذ منها الجماعة، بتكويناتها الشعبية، إلى مجال التعليم المقتصر على الدولة وحدها بمدارسها الحكومية. صحيح أن القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٨ سالف الإشارة، كان يجيز للمؤسسات غير الحكومية إنشاء هذه المدارس الخاصة، إلا أن القرار المذكور، عُد بنظر المحكمة تأكيداً على هذه الوجهة، الأمر الذي حدا بها إلى اعتبار الاتحاد الاشتراكي تنظيماً شعبياً غير حكومي، حتى ينفتح السبيل أمام غيره من التكوينات الشعبية لإنشاء مدارس خاصة. وهو الاتجاه الذي يحمد للمحكمة إذا ما نظر إليه من خلال المقصد من ورائه، برغم المأخذ الفني سالف الذكر، والتنويه بهذا القضاء مبعثه دعم المحكمة لأصل حق أساسي للجماعة في المشاركة ـ وذلك على أقل تقدير ـ بالنشاط التعليمي وفي رسم معالمه الرئيسية، وفي محاولتها إيجاد ثغرات بالنصوص القانونية المقيدة لهذا الحق كي تنفذ منها الجماعة بتكويناتها الجمعية إلى مجال التعليم.

٢/٢١١ ـ بيد أن هذا لم يكن ليجعلها تتنكر لأصل النصوص القانونية المنظمة لهذا الشأن، أو يجعلها تتجاهل عمداً تطبيقها، بل إنها وفي غير قليل من الأحكام، التي عرضت فيها للشأن التعليمي، وبرغم تأكيدها على الحق في إنشاء مدارس خاصة، تؤكد مراراً وتكراراً على أن أصل هذا الحق مؤيد بنصوص القانون التي تمنحه، كما أن ممارسته تنتظمها هذه النصوص التي لا يجوز الخروج عليها. ففي حكم آخر لها، انتهت المحكمة إلى رفض وقف تنفيذ قرار محافظ القاهرة إلزام مدرسة أكتوبر للغات على تغيير نظامها الداخلي مع رفض طلب إجبار الجهة الإدارية على الترخيص لهذه المدرسة بتدريس ومنح شهادة (جي. سي. إيه) لخريجيها. وقد استندت المحكمة في هذا القضاء، على أن المدارس الخاصة جميعها ملزمة باتباع مناهج وزارة التربية والتعليم وليس ثمة سند قانوني يمكن عليه الترخيص للمدرسة بتأهيل خريجها للتقدم لامتحان شهادة (جي. سي. إيه) المختلف عن امتحان شهادة الثانوية العامة المصرية.

على ما تأيد من قبل المحكمة الإدارية العليا[1].

٣/٢١١ ـ ولعل ما يلفت النظر في أحكام قضاء مجلس الدولة في الشأن التعليمي، هو محاولته فض الاشتباك داخل المجال التعليمي، بين ما هو محجوز للجماعة وما هو محجوز للدولة. إذ تفصح هذه الأحكام عن أن ثمة إرباكاً حقيقياً، نتج عن كون القواعد القانونية المنظمة تكاد تحسر المساحة المحجوزة للجماعة بالمجال التعليمي، عنها، وذلك لصالح الدولة إذا ما التزمت المحاكم حرفية تلك النصوص. والثابت بحكم الأصل أن حق الجماعة في التعليم والتعلم وحقها في المشاركة في رسم السياسات التعليمية المطبقة عليها هو أحد عناصر مكون وجودها الضروري، وهو ما سلف وأطلقنا عليه التقدم الإنمائي، إذ دون حقها في مثل هذه المشاركات، لا يستقيم لها كيان ولا يصلح لها أساس. وهو ما يبدو أن قضاء مجلس الدولة قد استشعره، لذلك استوت أحكامه، على مرفأ التوفيق بين هذه التناقضات. فمن ناحية كونها مكبلة بالمشروعية الرسمية للدولة المقررة بمقتضى النصوص القانونية التي تصدر عن السلطات المختصة، حاول هذا القضاء تلمس حدود للمساحة التي تحجز للدولة بموجب هذه النصوص، فكان عمله في هذا الخصوص مضيقاً قدر الإمكان من تلك المساحة، حتى إذ ما فرغ من هذا التحييز، قام بحجز، القدر اليسير المتبقي بالمجال التعليمي لصالح الجماعة كي تنشط فيه ممارسة لبعض حقها بهذا الخصوص.

٢١٢ ـ ثانياً: موقف مجلس الدولة من حرية الاعتقاد: باسترجاع موقف المحكمة الدستورية العليا من حق الاعتقاد، وما كاد أن يستقر عليه من تمييز بين حرية الاعتقاد وحق ممارسة الشعائر الدينية، من حيث إطلاق الأول وتقيد الآخر، وبفحص موقف فقه مجلس الدولة قضاءً وإفتاءً بهذا الخصوص نجد أن ثمة تمايزاً بين كل من موقف القضاء الدستوري ومجلس الدولة. تمايز يتأصل على إدراكٍ حقيقي من قبل مجلس الدولة، لمدلول حرية الاعتقاد المكفولة دستوراً، فهي «وإن كفلها الدستور وفرض على الدولة توفير حمايتها لكل فرد، إلا أنها ليست مطلقة من كل قيد، بل يجب أن تخضع للعادات المرعية، وأن تجد حدها عند عدم الإخلال بالنظام العام أو منافاة حرمة الآداب، فلا يسرف فيها إلى حد المغالاة والتطرف ولا يتخذ منها وسيلة طعن في عقيدة أخرى، بما يثير النفوس ويحفظ الصدور، ولا يتذرع بها للخروج على المألوف من الأسس الدنيوية والأوضاع الشرعية القائمة، ولا تستغل بها عواطف البسطاء من الناس باسم الدين لبلبلة أفكارهم وزعزعة عقائدهم»[2]. لتنتهي محكمة القضاء الإداري بهذا الخصوص إلى أنه

---

(١) محكمة القضاء الإداري، القضية رقم ٥١٤٣ لسنة ٣٨ق.، جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٧، مؤيداً بحكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٧٧٨ لسنة ٣١ق.ع، جلسة ١٩٨٨/١/٣٠، مجموعة الأحكام للسنة ٣٣، بند ١٢١، ص٧٧٨.

(٢) محكمة القضاء الإداري، القضية رقم ١٢٥٥ لسنة ٦ق.، جلسة ١٩٥٤/٥/١٦، مجموعة =

«متى كان قرار منع استيراد كتاب «ليكن الله صادقاً» قد صدر عن باعث له ما يؤيده من عبارات هذا الكتاب، وتغيا من وراء ذلك مصلحة عامة تقوم على صيانة النظام العام واحترام العقائد الدينية وتوفير السلام والطمأنينة للجميع، فإنه يكون قراراً سليماً في محله وتكون الدعوى حقيقة بالرفض». وبقضاء آخر لذات المحكمة[1]، وفي خصوص دعوى كان قد أقامها موظف بهائي بمصلحة السكة الحديد، مطالباً فيها بمنحة علاوة اجتماعية بمناسبة زواجه وعلاوة غلاء معيشة بمناسبة إنجابه طفلاً، تطرقت المحكمة إلى بحث أصل شرعية هذا الزواج وقانونيته، باعتبار هذا الأمر هو القول الفصل في استحقاق المدعي لطلباته من عدمه. فذهبت المحكمة إلى بطلان مثل هذا الزواج، تأسيساً على فتوى مفتي الديار المصرية المؤرخة ١٣/ ٤/ ١٩٥٠، كون المدعي وقد اعتنق مذهب البهائيين، بعد أن كان مسلماً، يعتبر بهذه المثابة مرتداً عن الإسلام، فيجري عليه ما يجري في شأن المرتدين، ومن ثم يعد زواجه الذي تم بمحفل البهائيين زواجاً باطلاً شرعاً. وهو القضاء الذي تأصل بدوره على إفتاء آخر كان قد صدر من لجنة الفتوى بالأزهر في ١٩٤٩/٩/٣، انتهى إلى أن البهائية فرقة ليست من فرق المسلمين، لمناقضة مذهبهم أصول الدين وعقائده التي لا يكون المرء مسلماً إلا بالإيمان بها جميعاً، بل هو مذهب مخالف لسائر الملل السماوية ولا يجوز للمسلمة أن تتزوج بواحد من هذه الفرقة إذ يعتبر زواجها منه باطلاً. وحال كان المدعي قد دفع بكونه لم يكن مسلماً في يوم من الأيام حتى يُعد مرتداً، ذهبت المحكمة إلى أنه ما دام قد ثبت أن المذكور قد علق في بطن أم لأب مسلم وولد لهذا الأب، فمن ثم يعُد مسلماً تبعاً لأبيه، وإذ اعتنق أبيه بعد ذاك البهائية، وتبعه ولده ـ المذكور ـ في هذا الشأن، عُد الاثنان من المرتدين. وفي ردها على محاجة المدعي بما تضمنته المادة (١٢) من دستور ١٩٢٣ من إطلاقٍ لحرية الاعتقاد، ذهبت المحكمة إلى فساد هذه المحاجة، تأصيلاً على أن ما قصده واضعو الدستور من هذا النص، هو حماية صاحب الدين السماوي في التشيع للمذهب الذي يريده داخل دينه، فللشيعيّ أن يتحول إلى أهل السنة، أو لفرقة الخوارج أو المعتزلة، وكذا المسيحي الكاثوليكي مثلاً له التمذهب بالبروتستانتية، حال لم يكن من قصدهم نهائياً حماية المسلم في الارتداد عن إسلامه.

١/٢١٢ ـ إلا أنه وفي اتجاه آخر، ذهبت إدارة الفتوى والتشريع بوزارة العدل،

= مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، السنة ٨، المجلد ٣، القاعدة (٨١٣)، ص١٥٥٠.

(١) محكمة القضاء الإداري، القضية رقم ١٩٥ لسنة ٤ق.، جلسة ٢٦/ ٥/ ١٩٥٢، غير منشور، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، الجزء الأول، الدكتور فاروق عبد البر، طبعة ١٩٨٨، ص٢٦٣ وما بعدها.

بإفتائها الرقيم (١٢٩) في ١٧/ ٤/ ١٩٥٥[1]، إلى ما سبق ذكره، واعتده مذهب المحكمة الدستورية، من إقامة التفرقة بين الحق في الاعتقاد وحرية ممارسة الشعائر الدينية، ذاكرة أنه «إذا كانت حرية العقيدة مطلقة، وتحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد، فإن المراد بالأديان في هذا الشأن هو الأديان المعترف بها، وليس من بينها الدين البهائي. ومبدأ إطلاق حرية العقيدة لا يعني في الواقع سوى حرية الفرد في الاعتقاد فيما يراه من الديانات. والمقصود بالاعتقاد في هذا المعنى الإرادة أو النية الكامنة في نفس الشخص والتي لا يجوز له التعبير عنها بمظهر خارجي فعلي إلا في حدود ما يسمح به النظام الأساسي للدولة والقواعد التي يقوم عليها هذا النظام، ومنها أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تعترف بالدين البهائي وما انطوى عليه من زيغ وفساد، وعلى ذلك فلا يمكن إجبار الدولة على الاعتراف بهذا الدين أياً ما كان مظهر هذا الاعتراف».

٢/٢١٢ ـ بيد أنه وعلى الرغم من ذلك، فإن محاكم مجلس الدولة تكاد تستقر على الرأي الأول في شأن الاعتقاد. ففي قضاء حديث لمحكمة القضاء الإداري مؤيد بحكم من قبل المحكمة الإدارية العليا[2]، ذهبت الأولى في خصوص دعوى أقامها أحد الأفراد، بطلب وقف تنفيذ وإلغاء قرار لجنة الأحوال المدنية بمحافظة القاهرة، الصادر برفض تغيير اسمه من «نبيل حسن صبري» إلى «نبيل جورج نقولا»، ورفض تغيير ديانته من الإسلام إلى المسيحية، ذهبت المحكمة إلى رفض طلب وقف تنفيذ القرار الطعين، وذلك على سند من أن نص المادة الثانية من الدستور، وإن قرر أن الإسلام دين الدولة ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، كما قرر القانون المدني أنه حال عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه، يقضي القضاء بمقتضى العرف، فإن لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، وإلا فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة. وإذ لا يوجد نص تشريعي ولا تنظيم قانوني وضعي يبين حكم من يدخل الدين الإسلامي أو يبين حكم من يرتد عن دين الإسلام. فمن ثم يغدو الحاكم هو أعراف المجتمع المصري، في نطاق قواعد الأخلاق التي لا نظر فيها إلا من خلال التقاليد والقيم السائدة، دون الحقوق والالتزامات القانونية. وإذ كانت تقاليد وقيم المجتمع في هذا الخصوص ترتد لمبادئ الشريعة الإسلامية، فلا مناص من إعمال مقتضاها، الذي يتقبل دخول غير المسلم في دين الإسلام وإقراره على ذلك، اعتداداً به وترتيباً لكافة آثاره، حال لا يجوز ـ بلا خلاف ـ ارتداد المسلم عن دينه، سواء كان إلى غير دين أم إلى

(١) مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى القسم الاستشاري للفتوى والتشريع، النصف الثاني من السنة ٩ والسنة ١٠ كاملة، القاعدة (١٦٩)، ص٢٥٣.

(٢) محكمة القضاء الإداري، دعوى رقم ٢٠١١ لسنة ٣٣ق.، غير منشور.

دين آخر سماوي. فالمرتد في مبادئ الشريعة الإسلامية، راجع عن دين الإسلام، متفق عندئذ على عدم إقراراه على ردته، وإبطال عمله وإحباط آثاره. وإذ كان المدعي قد اعتنق الإسلام مشهراً اعتقاده، فهو على هذا النحو يعتبر مسلماً مقراً على ذلك، فإن رجع عنه، عُد مرتداً، سواء كان رجوعه إلى دينه السابق أم إلى غيره. وإذ كان من شأن إجابته إلى طلبه بتغيير بيانات حالته المدنية، تغييراً لاسمه وديانته على النحو الموضح آنفاً، إقرار له على ردته، فمن ثم يغدو من مقتضى أحكام الشريعة الإسلامية واجبة الإعمال، رفض إجابته لطلباته، لمناقضتها أحكام الشرع الإسلامي. وعليه يكون القرار المطعون فيه ـ وقد تساند على مخالفة طلب المدعي للنظام العام ـ صحيحاً مصادفاً مقتضى أصول المشروعية. وذهبت المحكمة في هذا الخصوص، إلى أنه لا تعارض بين كل ما تقدم ونص المادة (٤٦) من الدستور التي قررت كفالة الدولة حرية الاعتقاد، وذلك أن الإسلام وقد دعا إلى تلك الحرية مقرراً حق كل إنسان في الإيمان بما يشاء من أديان سماوية، إلا أن هذه الحرية لا يجوز أن تصير قيداً على مبادئ الشريعة الإسلامية على النحو الذي تتحكم فيه بهذه الشريعة، فما دام كان الإسلام دين الدولة الرسمي ومبادئ شريعته المصدر الرئيسي للتشريع في هذه الدولة، على نحو ما أوجب القانون المدني تطبيقها حال غياب أى نص تشريعى وقاعدة عرفية، فمن ثم يضحى من موجبات النظام القانوني للدولة ومقتضيات العدالة بنظامها العام، ألا يكون من شأن هذه الحرية العقدية، منع سريان الشريعة الإسلامية على من اعتنق دين الإسلام. وبقضاء آخر، انتهت المحكمة الإدارية العليا إلى رفض دعوى بطلب إلغاء القرار السلبي للجنة الأحوال المدنية بالجيزة، بالامتناع عن تغيير ديانة المدعي بسجلات الأحوال المدنية وتغيير اسمه تبعاً لذلك[1]. مبتنية قضاءها المذكور، على سند مما ثبت لديها من تلاعب المدعي بالأديان، باتخاذه اعتناق الإسلام وسيلة لتحقيق مآرب خاصة وأغراض دنيوية، تتمثل في التمحل بها لتطليق زوجته التي ما كانت تجيز له ديانته المسيحية تطليقها، ما من شأنه ـ وعند ارتداده عن الدين الإسلامي عوده مرة أخرى إلى سابق ديانته ـ تفويت غرضه عليه. إذ من المسلَّم به أن جميع أفعال وتصرفات المرتد التي تتأسس على ارتداده، لا يعتد بها، كون الردة عن الإسلام مما يعد مخالفاً للنظام العام، وبهذه المثابة فلا يجوز إقرارها أو ترتيب أي آثار عليها. فالقاعدة الشرعية تقضي بألا ردة في الإسلام، وهي قاعدة آمرة لا يجوز الخروج عليها أو الاتفاق على مخالفتها. وفي هذا الخصوص ذهبت هذه المحكمة بذات القضاء، إلى أنه لا محاجة بنص المادة (٤٦) من الدستور التي تقرر الحرية المطلقة للاعتقاد، إذ أن هذه الحرية إنما هي دوماً مقيدة بعدم

---

(١) المحكمة الإدارية العليا،طعن رقم ١٣٥٩ لسنة ٢٨ق.ع.، جلسة ١٩٨٤/١١/٢٧، مجموعة السنة ٣٠، القاعدة (٢٨)، ص١٤٦.

الإخلال بالنظام العام والآداب. وإذ كان الدستور قد أغفل تقرير هذا القيد، فإن ذلك لا يعني إباحة الاعتقاد أو إقامة الشعائر ولو كان ذلك مخلاً بالنظام العام والآداب. إذ المشرع ارتأى ألا لزوم لمثل ذاك النص على القيد صراحة، باعتباره من بديهيات الأصول الدستورية الواجب إعمالها حتى دون النص عليها.

٣/٢١٢ ـ وما تقدم غني بذاته عن التعليق، فقد تمكن مجلس الدولة من بلورة موقف واضح لمفهوم حرية الاعتقاد. موقف ينطلق بالأساس من إدراك ووعي صحيحين بمكانة الإطار العقدي للجماعة داخل هيكل مفهوم النظام العام، موقف يتجاوز الصراحة اللفظية لنص المادة (٤٢) التي تقرر كفالة الدولة للحق المطلق في الاعتقاد، ويمتد لما هو أبعد من عبارة هذه المادة، أي يمتد إلى جوهر المفهوم وروحه. فهذا النص وبالتصريح به في الوثيقة الدستورية، على نحو قد يفهم منه إطلاق الحق في اعتناق أي دين، سواء أكان سماوياً أم غير سماوي، باعتباره حقاً أصيلاً للفرد، وبما يقرره من كفالة الدولة لضمان ممارسة الأفراد كافة لهذا الدين، إنما يفيد بذاته توطن هذا الحق في المستوى الفوقي لهيكل مفهوم النظام العام، توطناً يتبين معه أن حق الاعتقاد المطلق إنما هو من عناصر مكون الوجود الضروري للدولة، لا من عناصر مكون الوجود الضروري للفرد والجماعة كما هو الوضع في حقيقة حاله. الوضع الذي انساقت إليه المحكمة الدستورية العليا وسبقها القسم الاستشاري بمجلس الدولة في بواكير إفتائه، حيث انتهيا إلى التمييز بين كل من حرية الاعتقاد وحق ممارسة الشعائر، إطلاقاً للأول وتقييداً للآخر. إلا أن محاكم مجلس الدولة وباقي إفتائها فيما بعد، لم يمض في هذا الطريق، فأبقى مساحة حق الاعتقاد، محجوزة بالكامل للجماعة، باعتباره أصلاً من أصول مكون وجودها الضروري، مما يجعل القواعد الأساسية الضابطة لهذا الحق لا تنتمي سوى إلى المستوى الارتكازي القاعدي في هيكل مفهوم النظام العام. هذا الوعي المسبق لمكانة هذا الحق وموضعه، هو الذي مكن فقه مجلس الدولة ـ قضاءً وإفتاءً ـ من رسم الأطر الضابطة لممارسة هذا الحق من خلال أوضاعه الحقيقية التي يتقبلها العقل الجمعي ويجيزها ضميره الشعبي. فقام هذا الفقه بمراجعة باقي نصوص الدستور، حيث استقرأ منها ما يضبط الإطلاق الوارد بالمادة (٤٦) المقررة لهذا الحق، ثم عمد إلى نظر تاريخي داخل عقل الجماعة المصرية لاستظهار كنه الأطر المحددة جمعياً لهذا الحق، حتى توصل إلى عدد من العناصر كونت ركائز ممارسته:

٢١٣ ـ ركائز قضاء مجلس الدولة في شأن حرية الاعتقاد:

تمثلت الركيزة الأولى، في أن مبادئ الشريعة الإسلامية، هي الحاكم الأوحد لمفهوم المعتنق العقدي، بحيث يصير معيار مشروعية الاعتقاد، مقاساً أساساً على هدى من هذه المبادئ.

وتمثلت الركيزة الثانية، وانطلاقاً من الأولى، في أن المعترف به فقط من بين العقائد والأديان كافة، تلك الأديان السماوية الثلاثة من يهودية إلى مسيحية إلى إسلام.

لتتأسس الركيزة الثالثة، حول تعيين حركة الاعتقاد فيما بين هذه الأديان الثلاث، فهي غير مطلقة فيما بينها، وإنما منضبطة بأصول الفهم الإسلامي لهذا الأمر، فيجوز التحرك من اليهودية إلى المسيحية، ومن أي منهما إلى الإسلام. حال تمتنع نهائياً الحركة العكسية من الإسلام إلى أي منهما.

لتستوي الركيزة الرابعة، على إجازة التحرك المذهبي داخل كل دين من هذه الأديان الثلاث، دونما تثريب ما دام الاتفاق الإسلامي منعقداً على صحة هذه المذاهب خاصة داخل الدين الإسلامي. وعليه فانطلاقاً من هذه الحدود، قضت محاكم مجلس الدولة بإبطال كافة التصرفات التي تتم خارج هذا الإطار، مهدرة كل ما يترتب عليها من آثار، أكان هذا التصرف زواجاً أم تغييراً في الحالة المدنية للفرد أم حتى بيعاً وشراء، كما في حال استيراد كتاب به مساس بالعقيدة الإسلامية.

٢١٤ ـ ثمة ملاحظة أخيرة متعينة في هذا الخصوص، ألا وهي أن الجهاز التنفيذي للدولة بمصر لم يكن بعيداً عن هذا الفهم الذي قضت به محاكم مجلس الدولة، فالدعاوى التي نظرتها هذه المحاكم كافة، كانت في شأن طعون في قرارات صادرة من قبل هذا الجهاز، تتضمن إبطالاً لمثل تلك التصرفات المذكورة وإهدار آثارها. ما يفيد أنه، ورغم البعد النصي للمادة (٤٦) ووضوح ألفاظها، فإن الوعي الرسمي للدولة ذاتها، لم يستطع تقبل ممارسة لحرية الاعتقاد خارج هذا الإطار على النحو الذي بلورناه آنفاً. الأمر الذي يثير التساؤل حول جدوى مثل هذا الإطلاق في نص المادة (٤٦) وحقيقة المعنيّ به، وماهية القوى التي تقف خلف وجوده على هذا النحو.

٢١٥ ـ ثالثاً: موقف مجلس الدولة من حرية الرأي: كانت المادة (١٤) من دستور عام ١٩٢٣ تنص على أن «حرية الرأي مكفولة ولكل إنسان الإعراب عن فكره بالقول أو بالكتابة أو بالتصوير أو بغير ذلك في حدود القانون». كما كانت المادة (١٥) منه تنص على أن «الصحافة حرة في حدود القانون. والرقابة على الصحف محظورة وإنذار الصحف أو وقفها أو إلغاؤها بالطريق الإداري محظور كذلك إلا إذ كان ذلك ضرورياً لوقاية النظام الاجتماعي». وهي نصوص لم تباعد في محتواها نصي المادتين (٤٧) و(٤٩) من دستور مصر الحالي. والبين من هذه النصوص، أنها أفضل حالاً من تلك الخاصة بحرية الاعتقاد، من وجهة الصياغة الضابطة لهذه الحرية، ما تفتقر إليه الأحكام الدستورية المتعلقة بالشأن الاعتقادي. فهذه النصوص وقد كفلت حرية الرأي والتعبير عنه بالقول أو الكتابة أو النشر أو غير ذلك من وسائل التعبير، وكذا حريات الإبداع الفني والثقافي والعلمي بكافة صورها، فقد ضبطت هذه الحريات بقيد القانون الذي ورد

حداً عليها. والبادي أن تلك المفارقة في الحكم بين الخاص بحرية الاعتقاد والمتعلق بحرية الرأي، من وجهة ورود قيود على الثانية دون الأولى، قد ترد إلى ما قد يكون في ممارسة حرية الرأي من تعرض لبعض أصول نظام الدولة أو شكل الحكم بها أو لبعض سياساتها أو أشخاص الحكم فيها، على نحو قد ترى معه الدولة مساساً بأمنها أو أمن نظامها أو تسويئاً لموقف أولئك الأشخاص، الأمر الذي حدا بها إلى التحفظ حيال مثل هذه الحرية، بإيراد قيد القانون حداً على ممارسة تلك الحرية. هذا القيد المتمثل في القانون الذي تقوم الدولة بصناعته وتشكيله حسبما يحقق لها صوالحها ويتفق وأصولها، يمكنها السيطرة الكافية على أطر تفعيل مثل هذه الحرية. وقد تناولت محاكم مجلس الدولة هذه النصوص المنظمة لحرية الرأي، في عديد من أحكامها، بالتحليل المقرر لحدود ممارستها وأطر انفعالها، فذهبت محكمة القضاء الإداري، في قضاء قديم لها يرتد إلى حداثة عهدها، في شأن دعوى أقيمت طعناً على قرار مجلس الوزراء بإلغاء جريدة مصر الفتاة[1]، إلى «أن الحريات العامة في مصر، إذ أجاز الدستور تقييدها، فلا تقيد إلا بتشريع. وهذا هو أيضاً المبدأ الذي انعقد عليه إجماع رجال الفقه الدستوري، فقد قرروا أن ضمانات الحقوق هي النصوص الدستورية التي تكفل لأبناء البلاد تمتعهم بحقوقهم الفردية، وهي تسمو إلى رتبة القوانين الدستورية، فتكون معصومة لا سلطان للمشرع عليها إلا إذا أجاز الدستور تنظيمها بنص خاص، وفي هذه الحالة يتعين أن تكون القيود التي ترد عليها قيوداً تقررها القوانين». واستدركت في خصوص حرية الصحافة، لتقرر أن «الدستور قرر هذا المبدأ في عبارات صريحة، فنص في المادة (١٥) على أن الصحافة حرة في حدود القانون. فلم يجز تقييد هذه الحرية أو تنظيمها إلا بتشريع يقره البرلمان». وعليه فحرية الصحافة «بمقتضى هذا النص، وزعت على منطقتين: منطقة أطلقت فيها الحرية إطلاقاً يستعصي على أي تقييد حتى عن طريق التشريع، وتتضمن هذه المنطقة رفع الرقابة عن الصحف وامتناع إلغائها أو وقفها أو إنذارها بالطريق الإداري، ومنطقة أخرى تتناول بقية نواحي النشاط الصحفي، وهذه يجوز تنظيمها ولكن عن طريق التشريع. فلا بد إذن، في الأحوال التي يجوز فيها تنظيم حرية الصحافة، أن يصدر بهذا التنظيم تشريع عام أو خاص». وعليه يكون الدستور قد استثنى «من القاعدة التي تقضي بتحريم إنذار الصحف ووقفها وإلغائها بالطريق الإداري تحريماً مطلقاً، حالة واحدة، هي حالة ما إذا كان الإنذار أو الوقف أو الإلغاء ضرورياً لوقاية النظام الاجتماعي. (حيث انتقل في هذه الحالة) بمقتضى هذا الاستثناء من المنطقة التي أطلقت فيها الحرية إطلاقاً يستعصي على أي تقييد حتى عن طريق التشريع،

---

(١) محكمة القضاء الإداري، القضية رقم ٥٨٧ لسنة ٥ق.د.، جلسة ١٩٥١/٥/٢٦، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، مجموعة السنة الخامسة، القاعدة (٣٥٧)، ص١٠٩٩.

إلى المنطقة التي يجوز فيها تنظيم حرية الصحافة ولكن عن طريق تشريع يقره البرلمان». الأمر الذي يغدو معه «إلغاء الصحف بالطريق الإداري لا يجوز دستورياً قبل أن يصدر التشريع الذي ينظم هذا الإجراء. وأن الاستثناء الذي أضافته اللجنة التشريعية هو خطاب من الدستور إلى المشرع لا إلى الإدارة، وقد قصد به إلى تمكين المشرع من أن يصدر في الوقت المناسب التشريع المناسب لمناهضة الدعايات التي تهاجم أسس النظام الاجتماعي كالدعايات البلشفية، ما في ذلك من شك، وهذا هو على وجه التحقيق ما عنته اللجنة التشريعية بالاستثناء الذي أضافته، وهذا هو الذي قاله وزير الحقانية في مذكرته التفسيرية التي قدم بها الدستور». واستطردت المحكمة في ذكر هذا الذي عنته اللجنة التشريعية في بيان الأسباب التي حدت بها على إضافة الاستثناء، إذ «هنالك بعض حريات دستورية لا يمكن السماح بها في حالة الاعتداء على الأسس الجوهرية للهيئة الاجتماعية. فحظر الدعاية الشيوعية القائمة في الوقت الحاضر يجعل من واجب الحكومات أن تعمل على حماية الدولة، ولو استلزم ذلك الرجوع إلى تدابير قد تكون مخالفة للمبادئ المقررة في الدستور لصيانة حرية السكان الهادئين والمخلصين للبلاد. فيكون من الحكمة التمكين من وضع التشريع المناسب لمناهضة مثل هذه الدعاية الهدامة، وذلك بتضمين ثلاثة من أحكام الدستور تحفظات، وهي الحكم الخاص بحرية الصحافة (م/ ١٥)، والحكم الخاص بحق الاجتماع (م/ ٢٠)، والحكم الخاص بعدم تسليم اللاجئين السياسيين (م/ ١٤٠ قديمة و م/ ١٥١ جديدة)». لتنتهي المحكمة إلى أنه « ومن حيث إنه يبين من كل ما تقدم أن المادة (١٥) من الدستور لا تجيز للإدارة مصادرة الصحف قبل صدور تشريع ينظم هذه المصادرة الإدارية على النحو الذي سلف ذكره، ومن ثم يكون القرار المطعون فيه باطلاً لمخالفته الدستور».

٢١٥/ ١ ـ إذاً فقد استظهرت المحكمة، المقصود الحقيقي من ورود مثل هذا التحفظ الوارد على حرية الصحافة، ممثلاً في انضباطها بالحدود القانونية المرسومة، إذ القصد إلى حفظ الدولة وأسسها وركائزها من الدعاوى التي قد تنال منها أو تهزها. إلا أنه ولكون هذا التحفظ ورد بعجز المادة (١٥) من دستور ١٩٢٣، صوناً للنظام الاجتماعي، فمن ثم يكون التحفظ أعم من مجرد حفظ كيان الدولة، حيث يمتد إلى حفظ كيان الجماعة أيضاً، فما أورده الدستور بالمادة المذكورة إنما استوى عاماً شاملاً كيانات النظام الاجتماعي كافة، أكان كيان الدولة أم كيان الجماعة أم حتى كيان الفرد. وعليه لم يكن ثمة عجب، أن يصدر حكم محكمة القضاء الإداري، برفض دعوى أقيمت أمامها طعناً بقرار مجلس الوزراء بمصادرة كتاب «الفرقان» لابن الخطيب ومنع تداوله بالقطر المصري[1]، وهو

(١) محكمة القضاء الإداري، قضية رقم ٦٨٥ لسنة ٢، جلسة ١١/ ٥/ ١٩٥٠، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، مجموعة السنة الرابعة، القاعدة (٢٢٥)، ص٧٦١.

الكتاب الذي تعرض لجمع القرآن الكريم وتدوينه وهجائه ورسمه وتلاوته وقراءته ووجوب ترجمته وإذاعته. وكان القرار الطعين، قد استند إلى ما انتهت إليه اللجنة التي شكلت من قبل فضيلة الإمام شيخ الأزهر، لدراسة الكتاب، من اشتماله على أخطاء ومغامز وحشر لروايات ضعيفة مشككة مع تأييدها. الأمر الذي كان من شأنه التأثير سلباً على الناس وزلزلة عقائد العامة وأوساط المتعلمين في كتابهم الكريم. كما استند القرار المذكور إلى نص المادة (١٠) من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٦ الخاص بالمطبوعات والمحافظة على النظام العام. وقد ذهبت المحكمة بهذا القضاء ـ بعد تفنيدها لكل ما جاء بالكتاب ولدعاوى المدعي ـ إلى أن ما يثيره المدعي من أن التعرض المجيز للمصادرة هو الذي يؤدي إلى قيام ثورة أو إذكاء فتنة فحسب، خلافاً لما هو قائم في خصوصية تلك الدعوى، فلا ثورة قامت بسبب الكتاب المصادر أو كادت، ولا فتنة نشبت أو أوشكت، ولا آذن الأمر بشيء من هذا من قريب أو بعيد. إذ قررت المحكمة أن ما يثيره المدعي في هذا الخصوص، لا وجه له ولا غناء فيه، فليس بشرط أن يقع بسبب التعرض للدين تكدير للسلم العام فعلاً، بل يكفي أن يكون من شأن التعرض حصول هذا التكدير، أي أن يكون ثمة احتمال أن ينشأ عنه ويترتب عليه. كما أن هذا التكدير لا يلزم أن يكون مادياً بحدوث شغب أو حصول هياج، بل يكفي أن يكون معنوياً بإثارة الخواطر وإهاجة الشعور. ولا مشاحة في أن إذاعة الأقوال المتقدمة في بلد دينه الرسمي الإسلام، وعن أقدس ما يقدسه المسلمون وأحفظ ما يحفظونه عليه، من شأنه تكدير السلم العام. وعلى هذا الوجه يكون مجلس الوزراء حين قدر هذا التقدير وانتهى إلى هذه النتيجة لم يعدُ سبيل الحق ولم يجاوز حدود القانون. ما يفيد أن محكمة القضاء الإداري، قد أعملت التحفظ الوارد بعجز المادة (١٥)، لا في حدود مفهوم حفظ كيان الدولة فحسب، وإنما مدته إلى كيان الجماعة أيضاً، بحيث تتهيأ أصول وكليات هذا الكيان، باعتبارها سقفاً لحرية الرأي، لا يجوز تجاوزها أو النيل منها.

٢/٢١٥ ـ بيد أن ما يؤخذ على ذلك الحكم الأخير، أن مقاربته لصون أصول الجماعة، كانت عن طريق السلم العام، الذي هو أحد عناصر أمن الدولة واستقرارها، الأمر الذي قد يفيد، أن سبب تقييد حرية الرأي في شأن الكتاب المصادر كان أيضاً في النهاية صون أحد عناصر مكون الدولة، وهو الاستقرار، والبُعد عما يكدر السلم العام، أحد مقتضيات هذا الاستقرار، بحيث إن لم يكن بهذا الكتاب ما يمس ـ ولو من أبعد بعيد ـ هذا السلم العام، لكان موضع إجازة رغم مساسه بأحد أهم أصول مكون الجماعة وأقدسها، ألا وهو دينها. حال أن الأمر في حقيقته ليس على هذا النحو، إذ يكفي في العمل أن يتضمن مساساً بالإطار العقدي للجماعة، ذلك الإطار الذي يتأصل

عليه كيان وجودها الضروري، حتى يصير العمل، باطلاً حرياً بالإهدار صوناً للجماعة، بغض النظر عن مدى تأثيره على الدولة أو كيانها. فالجماعة عندئذ تكون أولى بالصون والرعاية في تأصيل رفض مثل هذا العمل وإبطاله. الأمر الذي يتبدى في قضاء آخر لذات المحكمة، في خصوص قرار مصادرة أحد الكتب معنون «نحو ثورة إسلامية»[1]، حيث رفضت المحكمة الدعوى تأسيساً على أن «القرار المطعون فيه والمتضمن مصادرة الكتاب، أقيم على أسباب حاصلها أن السماح بتداول هذا الكتاب، قد يؤدي إلى الإخلال بالأمن العام في الدولة، لما ينطوي عليه من عرض الأفكار التي يعتنقها المؤلف من عدم فصل بين الدين والدولة، وأنه لا يمكن تطبيق الشريعة الإسلامية بغير حكومة إسلامية. فضلاً عن إشادته بالإمام الخميني وبثورته في إيران. ولقد تأيدت مخالفة الكتاب لمتطلبات الأمن بمقتضى التقرير المقدم عنه بتاريخ ١٤/١١/١٩٧٩ من إدارة البحوث والنشر بالأزهر الشريف إلى وكيل وزارة الإعلام لشؤون الرقابة حيث جاء بهذا التقرير أن المؤلف ينكر في كتابه حد الخمر، وشكك في الأحاديث النبوية الواردة فيه. كما أن الكتاب يتضمن بعض العبارات العمومية الحادة التي عالج بها المؤلف طلب تطبيق الشريعة الإسلامية، وهي عبارات تتسم في حقيقتها بالعدائية وتثير النفوس وتدعو إلى سوء التأويل. وطلبت إدارة البحوث بالأزهر في ختام تقريرها عدم السماح بنشر الكتاب إلى أن تحذف منه المواد والعبارات موضوع اعتراضها». الأمر الذي يبين معه، أن ثمة سببين تساند عليهما قرار مصادرة الكتاب المذكور، الأول دواعي الأمن التي تقتضي هذه المصادرة لكون الكتاب قد عرض عدداً من الأفكار التي تناقض أصول الحكم في النظام السياسي المصري، والثاني دواعي دينية تمثلت في تعرض الكتاب لبعض الأصول الإسلامية المقطوع بها فقهاً، بالإنكار والتشكيك. هذه الثنائية السببية لهذا القرار، إنما تعني أن إبطال التصرف المتمثل في إصدار مثل هذا الكتاب، إنما كان لمساسه بأحد عناصر مكون الوجود الضروري للجماعة من حيث إنكاره وتشكيكه لبعض من أصول المعتنق الجمعي، وكذا لمساسه بأحد عناصر مكون الوجود الضروري للدولة من حيث زعزعته لبعض دعائم نظام الحكم بها.

٣/٢١٥ ـ ويُلاحظ في هذا السياق أن الدولة في كل لحظة من لحظات تفاعلها مع الحياة لم تكن بعيدة عن مكون الوجود الضروري للجماعة، بل كانت قريبة قرباً يتحدد في ضوء ما قد يعكر صفو الجماعة أو يتهدد تماسكها أو يهز استقرارها، لمردود ذلك على الوضع العام في الدولة ذاتها. وإذ مثّل الإطار العقدي للجماعة المصرية، أحد أهم عناصر مكونها الضروري للوجود فقد اهتمت الدولة المصرية الحديثة منذ بدايات

---

(١) محكمة القضاء الإداري، القضية رقم ١١٣ لسنة ٣٥ق.، جلسة ١٣/٣/١٩٨٤، حكم غير منشور.

تشكلها بمطلع هذا القرن، بتنظيم الشأن الإسلامي، باعتباره دين الكثرة الغالبة بهذه الجماعة. وهو التنظيم الذي يتمثل في عدد من القوانين المتعاقبة التي انتظمت الأزهر الشريف، على النحو الذي تحول به من منبر جمعي للإسلام إلى مؤسسة من مؤسسات الدولة، الموكول إليها حفظ التراث ودراسته وتجليته ونشره وتحمل أمانة الرسالة الإسلامية إلى كل الشعوب والعمل على إظهار حقيقة الإسلام وأثره في تقدم البشرية ورقي الحضارة وكفالة الأمم، على ما ورد بنص المادة (٢) من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦١ بشأن إعادة تنظيم الأزهر والهيئات التي يشملها. إذ كان قد سبق هذا الأخير، القانون رقم ١٠ لسنة ١٩١١ بشأن تنظيم الجامع الأزهر والمعاهد الدينية العلمية الإسلامية، حيث تلاه القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٠ بإعادة تنظيم الأزهر والمعاهد الدينية العلمية الإسلامية، حتى كان القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦١ سالف الإشارة. وغدا الأزهر منذئذ خبير الدولة في الشأن الإسلامي، الموكول إليه مهمة حفظ الشريعة الغراء وفهم علومها ونشرها وحفظ تراثها، حيث تمتع بولاية مراجعة المصحف الشريف والتصدي لفحص المؤلفات والمصنفات التي تتعرض للإسلام وإبداء الرأي فيها، الأمر «الذي جعل هذه الهيئة (الأزهر) هي الجهة صاحبة التقدير فيما يتعلق بالشؤون الإسلامية، وهو التقدير الذي يبنى على أعماله اتخاذ القرارات الملزمة والمنشئة للمراكز القانونية والمعدلة لها مما تتخذه جهات الإدارة في الدولة بموجب الولايات والصلاحيات التي خولها القانون لأي من هذه الجهات»[1]. ومن ثم «تكون سلطة تقدير الشأن الإسلامي الذي يتخلل حماية النظام العام والآداب والمصالح العليا للدولة، تكون سلطة تقدير هذا الشأن من ولايات الأزهر وهيئاته وإداراته حسب قانونه وبهذا التقدير يقوم ركن السبب المتعلق بالشأن الإسلامي والمستمد من هذا الشأن، وذلك في القرار الإداري الذي تملكه وزارة الثقافة فيما تجريه من رقابة على تلك المصنفات وفيما تصدره إعمالاً لهذه الرقابة من قرارات بالترخيص الصريح أو الضمني، وبرفض الترخيص بأي من المصنفات السمعية والسمعية البصرية، متى كان الشأن الإسلامي داخلاً في تكوين النظام العام والآداب ومصالح الدولة العليا ومتخللاً لها، ومتى لزم تقدير الشأن الإسلامي في هذا الأمر. ومن ثم فإن إبداء الأزهر ـ بواسطة هيئاته ـ رأيه في تقدير هذا الشأن الإسلامي، يكون ملزماً للجهات التي نيط بها إصدار القرار، وذلك فيما ينبني عليه هذا القرار من تقدير لهذا الشأن ولما يتخلله بالنسبة للنظام العام والآداب وما يجرى مجراهما. ويصدق ذلك على وزارة الثقافة فيما تصدره من قرارات بالترخيص الصريح والضمني أو رفض الترخيص بأي من المصنفات

(١) الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، فتوى رقم ١٢١، في ١٠/٢/١٩٩٤، جلسة ٢/٢/١٩٩٤، ملف رقم ٥٨/١/٦٣.

محل طلب الرأي»[1]. الأمر الذي انتهت معه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، إلى أن الأزهر الشريف هو وحده صاحب الرأي الملزم، حتى لوزارة الثقافة، في تقدير الشأن الإسلامي للترخيص أو رفض الترخيص بالمصنفات السمعية والسمعية البصرية. وكذا سبق أن انتهت المحكمة الإدارية العليا إلى أن الأزهر الشريف هو صاحب ولاية الرأي الملزم في خصوص نشر أو عدم نشر المؤلفات الماسة بالإسلام[2].

٢١٥/ ٤ ـ وبذلك يتضح مدى إدراك الدولة للدور الحيوي للإطار العقدي للجماعة، لا في شأن الجماعة فحسب، وإنما في شأن الدولة ذاتها، وذلك من جهة استقرارها وأمنها. الأمر الذي حدا بها إلى تقنين وضع مؤسسة الأزهر الشريف، وخلق دور له في مقام رقابة الشأن الإسلامي على الأعمال الإبداعية وأعمال التعبير عن الرأي. وهنا يتبين التداخل الحاصل في عنصر الإطار العقدي للجماعة، بين كل من المستوى الارتكازي القاعدي والمستوى الفوقي للدولة، وذلك في الحدود التي يتطلبها أمن الدولة واستقرارها، والحق فإن هذه الحدود واسعة فضفاضة، لحساسية الدولة البالغة، لكل ما قد يتهدد أو يحتمل تهديده لهذا الأمن والاستقرار.

٢١٦ ـ رابعاً: موقف مجلس الدولة من حق الاجتماع: يتأصل هذا الحق رسمياً ـ فضلاً عما ورد بنصوص دستور سنة ١٩٧١ سالفة الإشارة ـ على هدى من نص المادة (٢٠) من دستور سنة ١٩٢٣ التي كانت تنص على أن «للمصريين حق الاجتماع في هدوء وسكينة غير حاملين سلاحاً. وليس لأحد من رجال البوليس أن يحضر اجتماعهم ولا حاجة بهم إلى إشعاره. لكن هذا الحكم لا يجري على الاجتماعات العامة فإنها خاضعة لأحكام القانون. كما أنه لا يقيد أو يمنع أي تدبير يتخذ لوقاية النظام الاجتماعي». وعليه فقد صدر القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٢٣ الخاص بالاجتماعات العامة والمظاهرات المعدل بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٩ ناصاً بمادته الأولى على أن «الاجتماعات العامة حرة على الوجه المقرر في هذا القانون». مميزاً ما بين الاجتماعات العامة والاجتماعات الخاصة، ناصاً بمادته الثامنة على أن «يعتبر من الاجتماعات العامة فيما يتعلق بتطبيق هذا القانون كل اجتماع في مكان أو محل عام أو خاص، يدخله أو يستطيع دخوله أشخاص ليس بيدهم دعوة شخصية فردية. على أن الاجتماع يعتبر عاماً إذا رأى المحافظ أو المدير أو سلطة البوليس في المركز أن

---

(١) الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ـ فتوى ١٢١ ـ في ١٠/٢/١٩٩٤ ـ جلسة ٢/٢/١٩٩٤، ملف رقم ٥٨/١/٦٣.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٣٠٦٨ لسنة ٣٠، وطعن رقم ٢١٠٤ لسنة ٣١، جلسة ١/١٢/١٩٩٠، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، المجموعة ٣٦، القاعدة (٢٢)، ص١٩٢.

الاجتماع بسبب موضوعه أو عدد الدعوات أو طريقة توزيعها أو بسبب أي ظرف آخر ليس له الصفة الحقيقية الصحيحة لاجتماع خاص، وفي هذه الحالة يجب عليه أن يخطر الداعي إلى الاجتماع أو المنظم له بأن يقوم بالواجبات التي فرضها هذا القانون. ويعتبر من الاجتماعات الانتخابية فيما يتعلق بتطبيق هذا القانون كل اجتماع تتوافر فيه الشروط الآتية: (١) أن يكون الغرض منه اختيار مرشح أو مرشحين للوظائف الانتخابية العامة أو سماع أقوالهم. (٢) أن يكون قاصراً على الناخبين وعلى المرشحين أو وكلائهم. (٣) أن يقوم الاجتماع في الفترة الواقعة بين تاريخ دعوة الناخبين وبين اليوم المحدد لإجراء الانتخاب». حال ضبط هذا القانون المذكور، الحق في الاجتماع بنص المادة السابعة منه، التي قررت أن «للبوليس دائماً الحق في حضور الاجتماع لحفظ النظام والأمن ولمنع كل انتهاك لحرمة القانون ويكون من حقه أن يختار المكان الذي يستقر فيه. ويجوز له حل الاجتماع في الأحوال الآتية: ١ ـ إذا لم تؤلف لجنة الاجتماع أو إذا لم تقم اللجنة بوظيفتها. ٢ ـ إذا خرج الاجتماع عن الصفة المعينة له في الإخطار. ٣ ـ إذا ألقيت في الاجتماع خطب أو حدث صياح أو أنشدت أناشيد مما يتضمن الدعوة إلى الفتنة أو وقعت فيه أعمال أخرى من الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات أو في غيره من القوانين. ٤ ـ إذا وقعت جرائم أخرى أثناء الاجتماع. ٥ ـ إذا وقع اضطراب شديد». وكذلك انضبط هذا الحق بنص المادة الثانية منه التي أوجبت على من يريد تنظيم اجتماع عام، إخطار المحافظة أو المديرية، وإلا وجب إخطار سلطة البوليس في المركز، حال ما إذا كان الاجتماع خارج مقر المحافظة أو المديرية، وفي كل الأحوال يتعين أن يكون الإخطار سابقاً على الاجتماع بثلاثة أيام على الأقل. وتكفلت المادة الثالثة منه ببيان البيانات والتوقيعات الواجب تضمينها الإخطار، من موضوع الاجتماع إلى الغرض منه إلى زمانه ومكانه إلى أسماء الأعضاء المشكلة منهم اللجنة المسؤولة عن تنظيم هذا الاجتماع. وفي كل الأحوال قررت المادة الرابعة منه أنه «يجوز للمحافظ أو المدير أو لسلطة البوليس في المركز منع الاجتماع إذا رأوا أن من شأنه أن يترتب عليه اضطراب في النظام أو الأمن العام بسبب الغاية منه أو بسبب ظروف الزمان والمكان الملابسة له أو بأي سبب خطير غير ذلك». كما قررت ذات المادة أنه «ويجوز لمنظمي الاجتماع أن يتظلموا من أمر المنع إلى وزير الداخلية، فإذا كان الأمر صادراً من سلطة بوليس المركز، فيقدم التظلم إلى المدير. أما الاجتماعات الانتخابية، فلا يجوز منعها أبداً».

١/٢١٦ ـ وعليه ففي ضوء هذا الإطار من الأحكام القانونية، الضابطة لحق التجمع على هذا النحو، انتهت محكمة القضاء الإداري في خصوص قرار وزير الداخلية بمنع الاجتماع الذي كان مزمعاً عقده من قبل جماعة الإخوان المسلمين والحزب الوطني

والحزب الاشتراكي، في ١٩٥١/٧/١١ بمناسبة ذكرى ضرب الإنجليز للإسكندرية بمدافعهم بذات اليوم من العام ١٨٨٢، إلى أن «القرار المطلوب وقف تنفيذه يقف في سبيل استعماله حق مشروع قرره القانون وأكده الدستور لغاية سامية أفصح عنها قانون الاجتماعات في ديباجته، وهي تيسير اشتراك الناس في الحياة العامة للبلاد، فبتعطيل هذا الحق الذي هو إحدى الحريات العامة ومنع استعماله في هذه المناسبة الوطنية إلى أن يفصل في الدعوى موضوعاً، إنما هو أمر يفوت الغاية المقصودة من الاجتماع ويجعل نتائج القرار المطعون فيه مما يتعذر تداركها». واستدركت المحكمة لتذكر أن «حق الاجتماع ليس منحة من الإدارة، تمنعها أو تمنحها كما تشاء، بل هو حق أصيل للناس اعترف به القانون وأكده الدستور، ولذا فهو لا يقتضي طلباً من قبل صاحب الشأن ولا يلزم لنشوئه صدور قرار الإدارة بالترخيص فيه، وإنما هو مستمد من القانون وفقط يجب عليه إن أراد استعماله أن يخطر الإدارة بزمان الاجتماع ومكانه وغير ذلك من البيانات التي نص عليها القانون، وسلطتها في منع الاجتماع وفي فضه هي سلطة استثنائية وهي تخضع لرقابة المحكمة لتتعرف ما إذا كان استعمالها مطابقاً للقانون نصاً وروحاً أم أنه ليس كذلك». وعليه انتهت المحكمة الى القضاء بوقف تنفيذ هذا القرار، ولكنها أردفت أنه «إذا لم يكن للمحكمة منع الاجتماع للأسباب التي تذرعت بها من قبل واستظهرتها المحكمة، فذلك لا يخل بحقها في منع الاجتماع إذا ظهرت أسباب جديدة حقيقية وخطيرة، تبرر هذا المنع وفقاً للقانون، وتكون في ذلك خاضعة لرقابة هذه المحكمة»[١]. وبقضاء آخر، انتهت محكمة القضاء الإداري إلى وقف تنفيذ قرار جهة الإدارة بمنع إقامة حفل ذكرى اعتلاء الزعيم مصطفى النحاس رياسة حزب الوفد[٢]، مستندة في ذلك إلى ما يتبين من نص المادة (٥٤) من دستور ١٩٧١، من كون حق الاجتماع العام ليس منحة من الإدارة تمنعها كما تشاء أو حينما تشاء، بل هو حق أصيل للمواطنين أكده الدستور. كما أنه وفقاً لأحكام القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٢٣ بشأن الاجتماعات العامة والمظاهرات في الطرق العمومية، لا يقتضي هذا الحق طلباً من صاحب الشأن، ولا يلزم صدور قرار بالترخيص به من جهة الإدارة، بل يكفي فيه إخطار هذه الجهة بزمان ومكان الاجتماع وغير ذلك من البيانات المنصوص عليها في القانون المذكور بالمادتين (٢) و(٣) منه. ومن المبادئ المسلم بها في الفقه والقضاء

---

(١) محكمة القضاء الإداري، القضية رقم ١٣٢٠ لسنة ٥ق.، جلسة ١٩٥١/٧/٣١، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، الجزء الخامس، القاعدة (٣٧١)، ص١١٥٠.

(٢) محكمة القضاء الإداري، دعوى رقم ٥٠٩٤ لسنة ٣٦ق.، جلسة ١٩٨٢/٩/٥، حكم غير منشور، انظر الدكتور فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، الجزء الثالث، المجلد الأول، المرجع السابق، ص٦٨٥ وما بعدها.

الإداريين، أن سلطة الإدارة في منع الاجتماعات العامة هي سلطة استثنائية تخضع لرقابة القضاء الإداري، للتحقق من مدى مشروعيتها، وعليه فلا يجوز لجهة الإدارة منع الاجتماع العام، إلا إذا رأت أن من شأنه أن يترتب عليه اضطراب في النظام أو الأمن العام بسبب الغاية منه أو بسبب ظروف المكان والزمان الملابسة له. حيث استطردت المحكمة لتذكر «أن جهة الإدارة وإن كانت قد وافقت على إجابة المدعي إلى طلب الاحتفال بذكرى اعتلاء المرحوم مصطفى النحاس رئاسة حزب الوفد يوم ١٩/٩/١٩٨٢، إلا أنها اشترطت لذلك أن يتم هذا الاحتفال في مكان مغلق، بل إنها حددت مكاناً بالذات هو قاعة المناسبات بمسجد عمر مكرم، وليس في سرادق يقام بجوار ذلك المسجد حسبما طلب المدعي. ولما كان هذا الشرط من جانب جهة الإدارة ينطوي على تقييد لحق المدعي في اختيار المكان المناسب للاحتفال. وإذا كان المدعي يريد إقامة سرادق لهذا الغرض، فإن هذا السرادق لا يعدو في حقيقة الأمر أن يكون مكاناً مغلقاً. هذا فضلاً عن أن المدعي يستطيع تحديد سعة هذا السرادق بما يقدره بعدد من سوف يلبون دعوته ومشاركته في هذا الاحتفال. أما تحديد وزارة الداخلية لمكان هذا الاحتفال، فإنه ينطوي على تحديد لعدد المدعوين مما يشكل قيداً على حرية الاجتماع. ومن البديهي أن إقامة المدعي للسرادق، لا يمنع جهة الإدارة بأي حال من الأحوال، من اتخاذ كافة الإجراءات الأمنية اللازمة، وفقاً لما تتطلبه ظروف الاحتفال، ومن ثم يكون القرار المطعون فيه بحسب ظاهر الأوراق مخالفاً للقانون. وإذ كانت المحكمة قد انتهت في قضائها ذاك إلى وقف تنفيذ قرار وزارة الداخلية بمنع إقامة ذكرى وفاة الزعيم مصطفى النحاس[1]، فقد قضت بإلغائه فيما بعد عند نظرها الدعوى من الناحية الموضوعية[2]».

٢/٢١٦ ـ أصلت محكمة القضاء الإداري، قضاءيها المذكورين على سند مما هو مستقر عليه في قضائها منذ بداية الخمسينيات، من كون حق الاجتماع العام ليس منحة من الإدارة تمنعها أو تمنحها كيفما تشاء أو حينما تشاء، بل هو حق أصيل للمواطنين، أكده الدستور والقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٢٣ القاضي بعدم جواز منع الاجتماع العام إلا إذا رأت الإدارة ما من شأنه ترتيب إضرار بالنظام العام أو الأمن العام جراء هذا الاجتماع. فإذا كان سبب منع هذا الاحتفال ما احتجت به الإدارة من كون حالة الأمن والظروف، لا تسمح بإقامة هذا الاحتفال، فإن هذا السبب لا يعدو كونه قولاً مرسلاً

---

(١) محكمة القضاء الإداري، دعوى رقم ٢٠٥٦ لسنة ٣٤ق.، جلسة ١٩/٨/١٩٨٠، حكم غير منشور، المرجع السابق، ص٦٨٧.

(٢) محكمة القضاء الإداري، دعوى رقم ٢٠٥٦ لسنة ٣٤ق.، جلسة ١٠/٤/١٩٨٤، حكم غير منشور، المرجع السابق، ص٦٨٧ وما بعدها.

ليس بالأوراق ما يؤيده. لذلك انتهت تلك المحكمة في قضاء آخر لها، إزاء طعن رئيس حزب الوفد الجديد في قرار منع إقامة سرادق بشارع أسوان أمام مسجد الرضوان ببور سعيد، ومنع مرشح الحزب من المرور على الناخبين بمحلاتهم وفي الشوارع، - أقول انتهت المحكمة - إلى وقف تنفيذ هذا القرار، الذي كانت جهة الإدارة قد احتجت في معرض بيان شرعيته، إلى أن الموقع المقرر لإقامة السرادق يقع بمنطقة سكنية شعبية، مما سوف يترتب معه في ظل وجود هذا السرادق، إعاقة لحركة المرور فضلاً عن تداعيات أمنية متوقعة، نظراً لكون هذا الموقع كان مسرحاً لأحداث شغب ومظاهرات سابقة. حيث ذهبت المحكمة إلى أن ما قامت به الإدارة، إنما هو في حقيقته منع من إقامة السرادق بالمخالفة للمادة الرابعة من قانون الاجتماعات، ولا يغير من ذلك حجج الإدارة سالفة البيان، كونه من المحظور إطلاقاً على جهة الإدارة ما دام الاجتماع انتخابياً أياً كان مكانه، فضلاً عن أنه كان الأحرى بجهة الإدارة حال توقعها مشاكل أمنية قد تنجم عن مثل هذا الاجتماع، اتخاذ كافة الإجراءات الأمنية اللازمة لحفظ مقتضيات النظام والأمن وحركة المرور بمنطقة الاجتماع، لا أن تحظره إطلاقاً، لكون فعلها عندئذ يغدو تنصلاً من قبلها لمهمة خولها إياها الدستور والقانون بكفالة الأمن والنظام العام والآداب وتنفيذ ما تفرضه القوانين واللوائح من واجبات عليها، ولا ريب في أن من هذه الواجبات عمل كل ما من شأنه تمكين المرشحين الانتخابيين من عقد اجتماعاتهم بالأماكن التي يختارونها في أمن وطمأنينة[1].

٣/٢١٦ - وفي ذات الاتجاه، وتأكيداً على ما انتهت إليه محكمة القضاء الإداري قبل، انتهت إلى وقف تنفيذ قرار الإدارة برفض التصريح بإقامة مؤتمر شعبي لذكرى قيام دولة إسرائيل بميدان الجمهورية بدائرة قسم عابدين في محافظة القاهرة، والتصريح لهم بإقامته في أي مكان وزمان آخرين يختارونه[2]. وقد استندت المحكمة في هذا الخصوص، إلى أن حق الاجتماع ليس منحة لجهة الإدارة تمنحها أو تمنعها كما تشاء ولمن تشاء، بل هو حق أصيل لجميع المواطنين قررته الدساتير المصرية المتعاقبة وآخرها دستور ١٩٧١ بمادته (٥٤) التي نصت على حق المواطنين في الاجتماع الخاص في هدوء غير حاملين سلاحاً ودون حاجة إلى إخطار سابق مع عدم جواز حضور رجال الأمن مثل هذا الاجتماع، أما الاجتماعات العامة فهي مباحة في حدود القانون، حيث تكون ممارستها وفقاً لمقتضيات النظام العام بمدلولاته المتعارف عليها من الأمن العام

---

(١) محكمة القضاء الإداري، دعوى رقم ٧١٣١ لسنة ٤٣ق. ، جلسة ١٩٨٩/٨/٣١، غير منشور، الدكتور فاروق عبد البر، المرجع السابق، ص٦٨٩.

(٢) محكمة القضاء الإداري، دعوى رقم ٣٦٩٦ لسنة ٤٠ق. ، جلسة ١٩٨٦/١٠/٢٨، غير منشور، الدكتور فاروق عبد البر، المرجع السابق، ص٦٩١ وما بعدها

والصحة العامة والسكنية العامة، تحقيقاً للتوازن بين مقتضيات السلطة العامة عند قيامها بوظيفتها في صيانة النظام العام، وبين ما ينبغي من كفالة حريات الأفراد، فلا يمارس إجراء الضبط الإداري باعتباره قيداً على الحريات العامة، إلا لضرورة تقتضيه وفي حدود تلك الضرورة دون تجاوزها. وعليه ولئن كانت الجهة الإدارية المختصة تتمتع بسلطة تقديرية في حظر أو تقييد الاجتماعات العامة، إلا أنها سلطة استثنائية تخضع لرقابة القضاء الإداري، للتحقق من مدى مشروعيتها. فإذا كان السيد مدير أمن القاهرة قد وافق على عقد هذا المؤتمر رافضاً المكان المقترح بميدان الجمهورية بعابدين في القاهرة، مرتأياً إقامته بالمنطقة الثامنة بمدينة نصر، فإن قراره ذاك ينكفئ في حقيقته منطوياً على تقييد لحرية الاجتماع العامة، لعدم تسانده على أسباب جدية تبرره، كون الاحتجاج بالخشية من أن مثل هذا الاجتماع، إنما يعرض الأمن العام للإضراب، غير كاف لدعم قراره ذاك، إذ ليس ثمة ما يحول دون قيام الإدارة باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لحفظ هذا الأمن العام وكافة مقتضيات النظام العام وحركة المرور، ولا يجوز التذرع بمجرد توقع تسبيب هذا الاجتماع لاضطرابات، للنيل من حق دستوري أصيل مكفول للمواطنين، خاصة أنه من أخص واجبات رجال الشرطة العمل على حفظ النظام العام مع تمكين المواطنين من ممارسة حقوقهم المقررة دستوراً ومنها حق الاجتماع العام، مما يغدو معه القرار الطعين تسلباً من قبل الشرطة من اختصاص ناطه الدستور بها، إذ عليها حالئذٍ، وبدلاً من النأي عن التزامها بهذا الخصوص، أن تعمل جاهدة على اتخاذ كافة الاحتياطات التي تكفل إشاعة الأمن والطمأنينة وفي الحال ذاته تمكن الأفراد من عقد اجتماعهم العام.

٢١٦/ ٤ ـ يتبين مما تقدم، الموقف الرائد لمحكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة، في مجال صون حرية التجمع. فالمحكمة في هذا السياق، لم تتوقف عند التأكيد على حق الجماعة والأفراد ـ فرادى ـ في عقد تجمعاتهم باعتبار هذا الحق مما كفله لهم الدستور فحسب، بل إنها وعند التعارض بينه وبين أي حق آخر، لم تتردد البتة في تغليب الأول، وهذا إنما ينم عن فهم عميق لمكانة هذا الحق ومركزيته داخل المجتمع كله، وهو ما توضحه الملاحظات الآتية:

أولاً: كادت المحكمة أن تستقر على تفسير النصوص القانونية المنظمة للحق في التجمع تفسيراً واسعاً، يميل في صالح الجماعة والأفراد. فميزت في البداية بين صورتين لهذا الحق. الأولى حق الاجتماع الخاص، الذي جعلته مجالاً محجوزاً للأفراد والجماعات، ليس ثمة سبيل أمام الإدارة لممارسة أي سلطان عليه. والثانية حق الاجتماع العام، الذي صاغته المحكمة على نحو شبه مطلق لصالح الجماعات والأفراد، حيث يتسم سلطان الإدارة عليه بالاستثنائية والتقيد، مع خضوعه دوماً لرقابة

المحكمة في تقدير مشروعية تدخل الإدارة ودواعيه. لتقرر حياله أن هذا الحق ليس منحة من قبل الإدارة تمنحها وتمنعها حسبما تشاء وأينما تشاء ولمن تشاء، وإنما هو حق أصيل ثابت ومقرر للناس اعترف به القانون وأكده الدستور. ومن ثم فهو لا يتطلب لتقريره التقدم بطلب ولا يلزم لنشوئه ترخيص الإدارة به، وإنما هو بحكم ثبوته للجماعة والأفراد يكفي فيه إخطار الإدارة بزمان ومكان الاجتماع متضمناً كافة البيانات الأخرى المعنية بهذا الخصوص.

ثانياً: أعملت المحكمة رقابتها الحازمة، على الأسباب كافة التي تذرعت بها الإدارة، في أحوال رفضها ما تقدم به الأفراد إليها من إخطار بعقدهم اجتماعات عامة، موسعة رقابتها على النحو الذي اختلط معه رقابتها لمشروعية هذه القرارات مع دواعي الملاءمة المصاحبة لها. وهو إن كان ليفصح عن شيء فعن التأكيد على محورية حق التجمع وحيويته للجماعة والأفراد.

ثالثاً: تدخل المحكمة لرقابة دواعي الأمن والاستقرار التي تذرعت بها الإدارة في أكثر من حالة عند تسبيبها لرفض عقد اجتماعات عامة، هو في حقيقته يفصح عن حال واقعي أفرز تعارضاً بين أصلين كليين. أصل جمعي يرتبط بالجماعة وتتأسس عليه، هو حقها في عقد تجمعاتها حسبما ترى مع انضباطه بحد القانون وقواعده. وأصل رسمي يرتبط بالجماعة فيتأسس عليه المجتمع كله، هو حقها في ضمان استتباب الأمن ومنع زعزعته بل ومنع أي من دواعي هذه الزعزعة، فضلاً عن ضمان الاستقرار ومنع كل ما من شأنه إرباكه. وإذ غلَّبت المحكمة، في غالب ما عرض عليها من تلك الأحوال، الأصل الأول على الثاني، فإنها تكون بذلك مصيبة كبد الحقيقة، موافقة صحيح البناء الهيكلي لمفهوم النظام العام. إذ جعلت ما هو خاص بالجماعة والأفراد متقدماً على ما هو خاص بالدولة، فمجرد احتمال تهديد التجمع لدواعي الأمن والاستقرار ـ وإن كان احتمالاً جدياً ـ لا يكون كافياً لمنع التجمع. بل إن الحق في الاجتماع بطريق عام على طريقة إقامة سرادق به، يُغلب على دواعي انتظام حركة المرور بالمنطقة التي يوجد بها هذا الطريق، الأمر الذي يكرس موقف المحكمة من محورية الحق في التجمع، باعتباره أحد أصول الجماعة المغلبة على أصول الدولة.

رابعاً: بل وأكثر مما تقدم، توسعت المحكمة في رقابتها لموقف الإدارة من حق الأفراد في التجمع، فاعتبرت أن موافقة الإدارة المشروطة على إقامة التجمع، بمكان آخر أو زمان آخر، غير هذين المحددين من قبل الأفراد بمثابة رفض من قبل الإدارة للتجمع كلية، وهو موقف من المحكمة يتناغم مع توجهها صوب تأكيد عناصر حق الأفراد في التجمع، بتفاصيله من زمان ومكان يقدرهما الأفراد حسبما يرونه مناسباً.

الفصل الثاني

فكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص

٢١٧ ـ تمهيد: ارتبطت نشأة القانون الدولي الخاص، بنشأة الدولة الحديثة. وبأدنى تقدير ارتبطت بظهور تكوينات سياسية في الواقع الدولي، تتمتع فيما بينها بقدر من الندية في السيادة، والتباين في النظم القانونية المعمول بها لدى كل منها. إذ وجد الفقه نفسه في أحوال مخصوصة أمام تساؤل مختلف عن ذاك التقليدي الذي عهده، فلم يعد المشكل يدور حول التساؤل عن حكم القانون في المسألة المعروضة، وإنما صار يدور حول ما هو القانون الحاكم لهذه المسألة. وعليه راح رجال الفقه يتلمسون الحلول في نصوص القانون الروماني والأعراف السائدة بفرنسا الإقطاعية. بيد أن أمر هذا المشكل أخذ في الاتساع قدماً مع التطور الذي لحق هذه التكوينات السياسية، حتى ما إن اندلعت الثورة الفرنسية محدثة زلزالها الذي ضرب أوروبا على أصعدة عدة منها أنماط التفكير ذاتها، حتى كان لذلك أثره في تبلور فكرة الدولة بمفهومها الحديث وبروز مفهوم السيادة على النحو المعاصر، وإذا بذاك المشكل يتطور بدوره ليغدو التساؤل: قانون أية دولة الأصلح لحكم المسألة المعروضة، بعد أن كان قد صار بصورته السابقة: قانون أية مدينة أو أية إقطاعية الأصلح لحكمها[١].

٢١٧/١ ـ بنشأة الدولة الحديثة، وابتناء الواقع الدولي على هدى منها، صارت الجماعة الدولية تتكون بالأساس من مجموع الدول القائمة المعترف بها. وغدا القانون الدولي الخاص، حاكماً للعلاقات التي تنشأ بين الأفراد وتنطوي على عنصر أجنبي، فإما أن تكون الواقعة القانونية قد تمت في بلد أجنبي، وإما أن يكون أحد أطراف العلاقة متمتعاً بجنسية أجنبية، وإما أن يكون الشيء محل العلاقة موجوداً ببلد أجنبي. وفي هذه الحالات جميعاً ينطرح التساؤل عن قانون أي من الدول المرتبطة بهذه العلاقة يكون أهلاً لحكمها، وهو المعروف بمشكل تنازع القوانين، وما يتصل به من إشكالات مرتبطة كتنازع الاختصاص القضائي وكيفية تنفيذ الأحكام الأجنبية، وأخيراً ما يثيره التحكيم، كآلية صارت شائعة لحل المنازعات، من إشكالات شديدة التعقيد.

٢١٧/٢ ـ بيد أن ثمة ما هو سابق على ذاك الأمر ومقدم عليه، أولاه القانون

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله ـ القانون الدولي الخاص ـ في الجنسية والموطن ومركز الأجانب ـ الجزء الأول ـ الصفحة الثانية ـ مكتبة النهضة العربية ـ ص٧.

الدولي الخاص، اهتماماً وافراً، ألا وهو شأن الجنسية. إذ بظهور الدولة الحديثة وانكفائها شعباً معيناً يحيا على إقليم محدد تنتظمه سلطة مقدرة قانوناً، فقد أضحى لهذه الدولة، جنسية يتمتع بها أفراد شعبها. هذه الجنسية هي التي ترسم العلاقة بين كل فرد من أفراد هذا الشعب ودولته التي يحيا فيها منتسباً إليها، وإلى هذه يكون قدر ما يتمتع به الفرد من حقوق وما يلتزمه من واجبات، وإليها تتحيز حدود سيطرة الدولة وسيادتها في الحياة الدولية. وقد أولى فقه القانون الدولي الخاص، عناية فائقة بدراسة شأن الجنسية، من وجهات أسسها الفلسفية وأسانيدها القانونية، وآليات كسبها وفقدها، والآثار المترتبة على ذلك، قبل أن ينتقل بعد ذلك لدراسة مركز الأجنبي في الدولة التي لا يحمل جنسيتها، وهو الإشكال الذي يمثل الوجه الآخر لإشكال الجنسية. الأمر الذي نتصور ضرورة العرض له، سبراً لغور مفهوم الجنسية وصلاتها بكل من مفهومي الدولة والجماعة، وعلاقتها بالفرد في ضوء ما يتعين من صلاتها بالمفهومين المتقدمين، وذلك توطئة لتعيين موقعها من مفهوم النظام العام. وذلك قبل العرض لموضع مفهوم النظام العام ذاته، بفقه القانون الدولي الخاص، وتحديداً فيما عُرف بمشكل تنازع القوانين على ما تقدم بيان جوهره.

٣/٢١٧ ـ بيد أن ثمة ما يجدر التنويه إليه، على المستوى المنهجي لهذه الدراسة، ألا وهو أن عملنا في هذا الخصوص، هو عمل تطبيقي بالأساس، كون ما تم سابقاً بالباب الثاني كان على المستوى النظري التأصيلي، حيث قمنا ببلورة تصورنا عن مفهوم النظام العام، وماهية قواعده وتقسيمات مجموعاتها. ومن ثم فهذه الدراسة لا ترنو إلى عقد دراسات مقارنة بين التشريعات العالمية المختلفة، وإنما تسعى صوب الضبط الفلسفي لماهية المفهوم المبحوث فيه. فإذا ما انتقلنا إلى إطار البحث التطبيقي، فإن المقصد إلى تخريج ذاك المتوصل إليه من وجهته الفلسفية التأصيلية، على نماذج من الفروع التطبيقية. الأمر الذي ينحصر معه بحثنا في عقد دراسة مقارنة على المستوى التطبيقي الفقهي أو القضائي، على مستويي القانون الوضعي المصري والشريعة الإسلامية، على ما يتفق وأصل الطرح الأساس بهذه الأطروحة، وفق المستبان من عنوانها.

لذا تنقسم الدراسة بهذا الخصوص إلى مبحثين:

المبحث الأول: النظام العام في مجال الجنسية.

المبحث الثاني: النظام العام في مجال تنازع القوانين.

المبحث الأول

النظام العام في مجال الجنسية

تهدف هذه الدراسة إلى البحث في مفهوم الجنسية، من حيث نشأته وتعريفه وأساسه الفلسفي، وذلك من نواحيه النظرية التأصيلية. ثم نعرض بعد إلى وضعه في الشأن القانوني المصري، من حيث نشأته وتطوره. وذلك تمهيداً لتقدير علاقته بمفهوم النظام العام. لذا ينقسم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: الجنسية.

المطلب الثاني: علاقة مفهوم الجنسية بفكرة النظام العام.

المطلب الأول

الجنسية

٢١٨ ـ تمهيد: ذكرنا قبل، أن القانون الدولي الخاص، وإن كان قد ارتبط في نشأته بظهور كيانات إقليمية سياسية لها قدر من الاستقلال في المحيط الدولي، فإن تبلوره على ما هو مستوٍ عليه، لم يكن إلا ثمرة نشوء الدولة المعاصرة، تلك الدولة التي ارتكزت كلياً في تعيين علاقتها برعاياها ـ مواطنيها ـ على مفهوم الجنسية. فما هي إذاً تلك الدولة المعاصرة وما هو مفهومها القانوني وما هي أركانها التي تشاد عليها وعناصرها التي لا وجود لها دونها، وأين وضع الجنسية من هذا المفهوم. لذلك سوف ينقسم بحث في هذه الجزئية إلى فرعين:

الفرع الأول: حول مفهوم الجنسية من الوجهة التأصيلية.

الفرع الثاني: مفهوم الجنسية في القانون المصري ـ دراسة تطبيقية.

* * * * *

الفرع الأول
حول مفهوم الجنسية من الوجهة التأصيلية

٢١٩ ـ الدولة والجنسية: يكاد الفقه القانوني يتواضع على أن، الدولة الحديثة «نظام قانوني سياسي، ويمكن تعريفها بأنها جمع من الناس، من الجنسين معاً، يعيش على سبيل الاستقرار، على إقليم معين محدود، ويدين بالولاء لسلطة حاكمة، لها السيادة على الإقليم وعلى أفراد هذا الجمع»[١]. بهذه الكيفية تضحى الدولة، بالأساس سلطة يمتد سلطانها وتطول رقابتها، الأفراد والموجودات الكائنة كافة بحدود إقليمية معينة. فإذا كانت الدولة ـ وعلى أصل مما تقدم ـ تتكون من ثلاثة أركان: شعب وإقليم وسلطة. فإن البادي أن هذه الأركان لم تكن تتساوى فيما بينها من حيث القيمة الفعلية، فثمة منها ما فاق الآخرين قيمة، حيث ارتبط به كيان الدولة على نحو شبه كامل، ألا وهو ركن السلطة، التي صار يطلق عليها مجازاً لفظة الدولة. الأمر الذي على هداه غدا مناط التمييز بين الدولة والأمة، مفهوم السلطة المتسيدة. فحال كون الدولة على ما

---

(١) الدكتور حامد سلطان، والدكتورة عائشة راتب، والدكتور صلاح الدين عامر، القانون الدولي العام، الطبعة الرابعة ١٩٨٧، دار النهضة العربية، ص٣٣٥.

استبان بالتعريف المتقدم، فإن الأمة هي جمع من الأفراد الذين تضمهم روابط مشتركة من وحدة الجنس والدين واللغة والعادات، لم يتهيأ لهم بعد فرص الخضوع لسلطة مشتركة[١]. وعليه فليس بمتصور عقلاً وجود دولة بلا سلطة وإلا كنا بصدد أمة، حال أمكن تصور ـ وهو متحقق فعلاً ـ قيام دولة بلا إقليم ووجود دول بلا شعوب[٢].

وعليه، وإزاء تسيد ركن «السلطة» على ركني «الشعب» و «الإقليم»، تبلور مفهوم الدولة المعاصرة، على نحو اصطبغ معه مفهوم الدولة بصبغة السيادة والسلطان، فباتت الدولة تعبيراً خالصاً عن سلطة حاكمة، أكثر منها ترجمة سياسية لواقع جمعي يعيش بإقليم معين وفق ثوابت عقدية وأطر معتنقة. وهذا أدى بدوره إلى تقلص شديد في دور الجماعة القائمة ـ الشعب ـ على الأصعدة كافة، ومنها حقها في تحديد أفرادها والمنتمين إليها. خاصة بعد أن تخلت الدولة عن دورها التاريخي باعتبارها سلطة قائمة على أمة[٣]، وفق مبدأ القوميات الذي تأصلت على هداه الدولة المعاصرة. ومن ثم غدت الدولة المحدد الأصل لعنصر الشعب، أي للجماعة القائمة عليها، والمقرر الأعلى لمن ينتسب إليها من أفراد، فضلاً عن قدرتها على تحديد الإقليم الكائنة عليه. وعليه فبدلاً من أن يكون الأمر وفق أصله النظري القائم على أساس من أن الدولة جمع

---

(١) د. حامد سلطان ود. عائشة راتب ود. صلاح الدين عامر ـ القانون الدولي العام ـ ذات المرجع السابق ـ ص٣٣٦.

(٢) مثال الحال الأول: الاعتراف العربي بالدولة الفلسطينية وهي سلطة وشعب بلا إقليم مسيطر عليه من قبل هذه السلطة بل وشعب بعضه شتت بدول العالم أجمع، ومثال الحال الآخر دول كإمارات موناكو وليخشتنين ودولة الفاتيكان حيث رعاياهم هم حكامها أي سلطتها فقط.

(٣) إذ المنطق البحت والعدل المطلق يقضيان بأن كل أمة دولة وأن كل دولة أمة، ذلك أن أساس القانون الحديث هو مبدأ الحرية الفردية. ومن نتائج هذا المبدأ أن الدولة لا يمكن تفسير وجودها أو تسويغ ظهورها إلا بواسطة الإرادات المتقابلة لجميع أفرادها. فالدولة لا تعتبر شرعية إلا إذا أرادها جميع رعاياها إذ أن لهؤلاء الحق في اختيار الحاكمين ـ وهذه هي سيادة الشعب ـ ولهم الحق أيضاً في تعيين حدود الدولة وتحديد مناطقها وهذا هو مبدأ القوميات. وقد عبر عن ذلك العالم والسياسي الإيطالي منشيني بقوله «إن لكل أمة سيادة على رعاياها وعلى إقليمها. وهذا يهيئ لها قدرة تكوين نفسها وتنظيمها لتكوين حكومة وموائمة لحاجتها، ويخولها الحق في أن تتحول من أمة إلي دولة، فكان أن تبنى القانون الدولي الوضعي مبدأ القوميات وادمجه في مبدأ حق تقرير المصير. بيد أن هذا المنطق البحت والعدل المطلق، ما فتئ أن استحال في حقيقته، إلى دولة تكون هي الأصل والأساس، ثم تتولى فيما بعد تحديد للشعب ـ الجماعة الأمة ـ كما تتولى تحديد للإقليم، وذلك أكثر مما يجب أن تكون عليه من انعكاس لهما ومُتحدد بهما، إذ تارة تتوسع إقليمياً بدعوى ضم شعوب هي بالأساس جزء من الأمة، وتارة تتجاهل مفهوم القومية وتدخل في شعبها قوميات متعددة كي تحافظ على سيادتها على الإقليم القائمة عليه حتى صار نادراً ما توجد دولة مكونة من أمة واحدة وقلما وجدت دولة بدون أقليات عرقية أو قومية أو دينية.

من الأفراد، يضمهم انتماء مشترك، فيحيون مصيراً واحداً على إقليم معين، تنتظمهم سلطة مختارة من قبلهم، تعبر عنهم وتتقيد بهم، غدا الواقع عملاً أن السلطة صاحبة سلطان أعلى على هذا الشعب، احتكرت لنفسها مفهوم الدولة كلياً، متغافلة عن أن هذا المفهوم يضم في جنباته فضلاً عنها، الشعب والإقليم، اكتفاءً من جانبها بالتصور القانوني القائم على أنها ـ أي السلطة ـ تعبير عن إرادة هذا الشعب المؤتمنة على مصالحه. وانسياقاً مع هذا المنطق، عكفت السلطة على تحديد أفراد شعبها، ومن ثم لم تعد الجماعة هي التي تقرر من ينتمي إليها ومن يخرج عنها، وفق دوائر الانتماء المعروفة التي تعتمدها الجماعة أصلاً لترابطها، وإنما صار الفرد منتمياً للجماعة بحكم انتمائه الأساس للدولة، إذ للأخيرة اليد الطولى في تقرير من ينتسب إليها ومن لا ينتسب إليها، وبالتالي من ينتسب للجماعة. والدولة ـ أي السلطة ـ وهي بسبيل ذلك ابتدعت ما أسمته «الجنسية»، بحسبها الرابطة التي تصل الفرد بها، فتنسبه إليها ومن ثم إلى الجماعة القائمة بالدولة. ومن هنا كان ارتباط مفهوم الجنسية في الفكر القانوني بظهور الدولة[1]. والحق فإن السلطة هي التي أبدعت هذا المفهوم، باعتباره عنواناً لعلاقة تقوم بينها والفرد مباشرة، أي أن الجنسية هي بالأساس ذات دلالة عن علاقة تربط الفرد بالسلطة القائمة بالمجتمع، أكثر مما تدلل على علاقة الفرد بالمجتمع، أي علاقته بالجماعة والإقليم. وربما يفيد في فهم هذا الأمر، ما هو حاصل من حالات يمكن أن يتمتع فيها فرد ما بجنسية دولة ما، بموجب رابطة الدم، دون أن يكون قد عرف هذه الدولة إطلاقاً كونه ولد لأب يتمتع بجنسية هذه الدولة في دولة أخرى. ويزيد الأمر فداحة في الحال العكسية، حال وجد رباط متين يشد الفرد في علاقات أبدية مع الجماعة ومع ذلك لا يستطيع الحصول على جنسية الدولة التي ولد فيها وعاش بين ظهرانيها ولم يشهد سوى مجتمعها. على ما يتبين لاحقاً

٢٢٠ ـ نشأة مفهوم الجنسية: الجنسية في معناها المبسط حسب المستقر فقهاً وقضاءً، رابطة بين الفرد والدولة[2]، عرفتها البشرية قبل، في شكل الانتماء إلى الأسرة وذاك في عهد الجماعات الأولى، التي كانت تقوم على رابطة الدم المبنية على وحدة الأصل ووحدة اللغة[3]. ثم ما لبثت كل جماعة أن اتسع نطاقها، فتقاربت الجماعات المنحدرة من أصل مشترك، المتحدة في اللغة والعقائد، المشتركة في العادات والتقاليد، لتتكون من بينها الأمة[4]. هذه الأمة في صورتها المبسطة، تعين الرباط

(١) القانون الدولي الخاص، الدكتور عكاشة عبد العال، طبعة ١٩٩٦، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص١٩.

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص٩٢.

(٣) د. عز الدين عبد الله. ذات المرجع، ص٩٢.

(٤) الدكتور عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص٢٦.

الجامع ممثلاً في العوامل الموضوعية آنفة البيان. ثم دخلت الأمة مرحلة تطور أخرى - أكثر تعقيداً وأعمق تركيباً - حيث صار الجامع، فضلاً عن تلك العوامل الموضوعية، يتعين في الشعور القومي الذي هو «ليس بمنحصر دائماً في مجرد إحساس الفرد بواقع الحال، وهو كونه يرتبط بميلاده بجماعة يعيش فيها ويتأثر بها، بل يصل إلى حد التقدير الشخصي للجماعة واختياره الارتباط بها، بحيث يمكن القول بأن الشعور القومي يبدأ بإدراك الفرد وجود جماعة مرتبطة بما تقدم ذكره من العوامل ثم تقويمه لهذه الجماعة ورغبته في استمرار بقائها، وأخيراً توافر رغبته في الانضمام إليها كعضو فيها»[١]. وبذلك ظهرت الأمة في شكلها القومي المعروف.

١/٢٢٠ - بيد أن الأمة - ذلك الأساس المثالي لتأصل أي دولة عليه - لم يكتب له الرواج في العصور الوسطى حيث سيادة حكم الإقطاع، وحيث سيطرة السيد الحاكم. فالعبرة كانت آنئذ بسلطان حاكم على رقعة معينة من الأرض يخضع الفرد لسيطرته. ثم تلى ذلك عهود الملكيات المطلقة حيث انتقلت التبعية والسيطرة إلى الملك. وعندئذ كانت الجنسية مجرد رابطة خضوع لهذا الحاكم، ولذلك كان تنوع الجنسيات رهناً بتعدد نفوذ الأسرة المالكة الحاكمة، الأمر الذي أفرز صوراً غاية في الغرابة، فكثيراً ما كان الأفراد لتتبدل جنسياتهم، بانتقال الهيمنة على الأقاليم التي يعيشون عليها من ملك إلى آخر - نتيجة الغزوات والحروب - حيث تنشأ رابطة انتماء جديدة بين الشعوب المضمومة ومليكهم الجديد[٢]. حال استمر إلى أن جاءت الثورة الفرنسية بما بعثته مجدداً، من شعور قومي هز أرجاء المعمورة. حيث جعلت هذه الثورة من الفكرة القومية، أمنية شعبية. وعاد مبدأ القوميات للظهور ثانية، ولكن على نحو أكثر فهماً وأعمق تركيباً. لتصير الغلبة لمبدأ القوميات، القاضي بأن لكل أمة الحق في تكوين دولة، وما الدولة إلا تعبير سياسي عن تلك الأمة. إلا أن هذا الحال لم يستمر طويلاً، إذ ما لبثت الدولة أن اشتد عودها حتى عمدت إلى ضم أقاليم جديدة، لا رابط لسكانها بمواطنيها، وظهرت دول ضمت أمماً متعددة يتكون منها ركن الشعب. كما إنه وإزاء ظروف سياسية مشابهة، تفتت أمم كانت تشكل قوميات متحدة، إلى دول عدة.

٢/٢٢٠ - وهكذا، انفصل مفهوم الجنسية - أو كاد - عن أصله التاريخي، فلم يعد انعكاساً لانتماء فرد لجماعة معينة، وإنما صار رابطة تجمع الفرد بدولة معينة، وإن شئنا الدقة رابطة تجمع الفرد بسلطة حكم معينة. ولم تعد الدولة مجرد سلطة سياسية تعمل على بقاء وتقوية تماسك الوحدة الاجتماعية للأمة القومية القائمة عليها، وإنما غدت سلطة متسيدة، تحدد بذاتها ماهية تلك الوحدة الاجتماعية القائمة عليها، سواء ما خص شعبها أم إقليمها.

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص٩٣.

(٢) الدكتور عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص٢٦.

٢٢١ ـ تعريف الجنسية: حار الفقه اختلافاً، في تعريف مفهوم الجنسية «فالبعض من الفقهاء يعرفها بأنها رابطة سياسية يغدو الفرد بمقتضاها عنصراً من العناصر المكونة على الديمومة لدولة من الدول، إذ أنها رابطة سياسية تربط الفرد بدولة معينة، وهي عند البعض ممن يهملون جانبها السياسي المشخص قانوناً للسكان المكونين للدولة، أو أنها رابطة قانونية تربط الفرد بدولة ذات سيادة هو قانوناً من رعاياها. ويرى آخرون أنها صفة في الشخص قوامها رابطة سياسية وقانونية بينه وبين دولة هو عنصر من عناصر تكوينها»[١]. ولعل هذا الخلف في تعريف مفهوم الجنسية، إنما يعكس خلفاً جوهرياً مبتدأ حول أساس الجنسية، هل هي رابطة قانونية فحسب أم رابطة سياسية فحسب، أم هي كلاهما. والبادي أن الفقه الغالب يميل إلى أن الجنسية «رابطة سياسية قانونية بين الفرد والدولة»[٢]. فهي رابطة سياسية اعتباراً بجملة الحقوق والواجبات ذات الصبغة السياسية والمتبادلة بين الفرد والدولة، وهي رابطة قانونية بحكم تنظيم القانون لنشأتها وزوالها وتحديده الآثار المترتبة عليها كافة[٣]. على أن الأمر في حقيقته، يفصح وفق نظر تحليلي أكثر عمقاً، عن أن ما يلحق تعريف الجنسية من صعاب، مجرد أثر مترتب. فالفقه يتبنى موقف الدولة الكلي في النظر إلى أمر الجنسية، متجاهلاً البُعد الجمعي لهذه الجنسية، لذا استوت التعريفات كافة في هذا الشأن حاصرة الجنسية: إما في بعدها السياسي المتبلور حول العلاقة النفعية القائمة بين الفرد والدولة؛ من حقوق تمنحها الأخيرة للأول وواجبات يلتزمها الأول قبل الأخيرة لقاء ما تحصّل عليه من حقوق، وإما في بعدها القانوني المتمثل في انعكاس نظر الدولة القانوني، لأمر الجنسية، باعتبار ما للمشرع من «مطلق الحرية في تنظيمها وتقديرها على الوجه الملائم الذي يتفق وصالح الجماعة»[٤]، وكلاهما ينظر إلى الجنسية من زاوية الدولة ـ السلطة. حال كون واقع الأمر، يستلزم تقدير البعد الجمعي لعلاقة الدولة بالفرد، باعتبار الجماعة مناط وجود الدولة وأصل شرعتها[٥]، ما يستوجب معه بناء مفهوم الجنسية بناء جمعياً أصيلاً، بحيث يأتي دور الدولة في هذا الخصوص، على نحو تبعي مترتب على الأصل الجمعي، وهو ما سوف نعود إليه لاحقاً في دراستنا التطبيقية لأحكام المحاكم في هذا الخصوص.

٢٢٢ ـ أساس الجنسية: انطلاقاً من الفهم المتقدم، واستناداً إلى السياق القانوني

---

(١) الدكتور عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص٢١.
(٢) المرجع السابق، ص٢٣.
(٣) المرجع السابق، ص٢٣.
(٤) المرجع السابق، ص٢٣.
(٥) رغم ما يحاوله الفقه من الإيحاء بأن الجنسية صفة في الشخص ينتظمها المشرع بدقة، ذات المرجع السابق، ص٢٣.

المعاصر المتبني لموقف الدولة في نظرتها للجنسية، على حساب البُعد الجمعي لهذا المفهوم، يمايز الفقه بين أساسين لها. الأساس الأول ويتبناه النظر الانجلوسكوني، حيث الجنسية علاقة نفعية تنشأ بين الفرد والدولة، فإذا كان من غير منكر الشعور الوطني لدى الفرد، إلا أن هذا الشعور في حقيقته إنما هو شعور بالوحدة السياسية وبقوة الدولة وسيادتها، فما يسوغ علاقة التبعية بين الفرد والدولة، إنما هو ما تنشئه هذه العلاقة من مجموع حقوق وواجبات متبادلة، «وهذا ما يفسر اعتمادها على إمكان مباشرة السلطة العامة، فحيث توجد هذه السلطة وفي نطاق حدودها يمكنها أن تمنح الجنسية للأفراد»[١]. حال يتأصل الأساس الآخر على ما يتبناه النظر اللاتيني السائد بالقارة الأوروبية، من اعتبار الجنسية علاقة تقوم على الشعور القومي الذي يعكس إلى حد كبير الشعور برابطة عائلية روحية بين الفرد والدولة، مما يحدو بالدولة إلى منح جنسيتها للفرد استجابة لتوفر هذا الشعور لديه[٢]. هذا الأساس «يعد ثمرة طبيعية للتطور التاريخي الذي مرت به فكرة الجنسية ولارتباط الفرد بالجماعة عن طريق الأسرة فالقبيلة فالأمة فالدولة، فوق أن هذا الأساس يبدو منسجماً مع مبدأ القوميات الذي رفع لواءه مانشيني في إيطاليا، وسرت مفاعيله في أوروبا وبهدي منه تبلورت حركات قومية عديدة في هذه القارة»[٣].

١/٢٢٢ ـ والبادي من الأساسين المتقدمين، على الرغم من تباينهما معيارياً، حيث مفهوم الجنسية وفق التأصيل الأول يتساند على هدى من الوضع المادي لعلاقة الفرد بالدولة، حال كونه وفق التأصيل الآخر يقوم على هدى من الوضع المعنوي لهذه العلاقة، ـ نقول ـ البادي من كلاهما، أن مفهوم الجنسية من الوجهة التأصيلية يرتكز على نحو شبه كامل، على الدولة، وهو ما يعكس إنكاراً شبه كامل لدور الجماعة الأصيل في نسبة الفرد إليها، ومن ثم مكنة كسبه للجنسية عن طريقها. صحيح، أن الجنسية تمنحها الدولة وفق ضوابط تنظيمية مقننة سلفاً ووفق إجراءات وتدابير مقررة شرعاً، إلا أن ذلك لا يفيد ـ بل لا يمكن أن يفيد ـ أن تكون الدولة وحدها صاحبة السلطان في هذا الخصوص، وإنما الدولة في تقريرها للجنسية أو حجبها أو استبعادها فئات منها، إنما تفعل ذلك بحكم حقيقة كونها سلطة سياسية قائمة داخل المجتمع، تعبر عن الانعكاس التنظيمي للرؤى الجمعية فحسب، دون أن يكون بمكنتها بلورة رؤى مفارقة ـ أو حتى منفصلة ـ لتلك الرؤى الجمعية. ومن ثم فإن ما تصوغه الدولة من نظم وقواعد لمنح الجنسية أو حجبها، يتعين أن يكون مفهوماً على أنه انعكاس للرؤية

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص٩٨.

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص٩٨.

(٣) الدكتور عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص٢٥.

الجمعية لما يجب أن يتحقق في الفرد المراد دمجه في الجماعة. الأمر الذي يستبين معه أن الجنسية بالأساس تتعين أن تكون نسبة فرد إلى جماعة معينة، بحيث تتواضع الجماعة على عدد من المفاهيم يضحى في توافرها مناط اندماج الفرد بالجماعة، ومن ثم أهليته للتمتع بعضوية هذه الجماعة، وهو ما ينعكس قانوناً، في كسبه للجنسية. ليغدو دور الدولة، والحال هذه، منحصراً في الكشف عما تبلوره الجماعة من رؤى تتعلق بأهلية انتساب الفرد إليها، وتقعيدها قانوناً على نحو تنظيمي. أي إنه يتعين فهم الجنسية على كونها مجرد انعكاس قانوني سياسي، لانتساب الفرد إلى جماعة معينة، إذ بتوافر هذه النسبة يتحقق لزوماً وحتماً انتساب الفرد إلى الدولة القائمة على الجماعة، ومن ثم أهليته لكسب الجنسية.

٢/٢٢٢ ـ والحال، أن التعيين الدقيق لمفهوم الجنسية، يستلزم بداية، تعييناً أولياً للطارئ والمستقر، للمتغير والثابت من القوى الفاعلة داخل المجتمع البشري. إذ لما كانت هذه القوى تتمثل في الفرد لبنة الوجود البشري، والجماعة وحدة التجمع البشري، والدولة بوصفها الشكل النهائي المعتمد لسلطة الإدارة البشرية، فالبادي أن كلاً من الفرد والجماعة حقيقتان سابقتان على الدولة، مستقرتان في وجودهما وفي أطر علاقتهما إحداهما بالأخرى، بينما لا تعدو الدولة ـ بوصفها سلطة على ما تقدم ـ طارئاً دخيلاً على هذه العلاقة، ليضحى انتساب الفرد إلى الجماعة، إنما هو الأصل الثابت قبل تطور سلطة التنظيم المجتمعي بهيئة الدولة، والمستقر إلى ما بعد الدولة أيضاً ـ إذا ما حصل تطور لشكل ومفهوم سلطة التنظيم المجتمعي ـ، ومن ثم ما كان ليجوز منطقاً إغفال ثوابت حقائق الاجتماع البشري، قفزاً إلى المتغير منها، وذلك في مقام رسم شكل العلاقات بين قوى هذا الاجتماع، بتنحية علاقة أصل تقوم بالأساس بين الفرد والجماعة، لصالح حادث مستجد، أسهم الظرف التاريخي ـ المتغير بطبعه ـ في بلورته على النحو الذي تهيأت عليه قوة السلطة المتعاظمة على حساب القوتين الأزليتين. فإذا كانت السلطة عمدت إلى اختزال المجتمع في ذاتها، باحتكار مفهوم الدولة على النحو الذي صارت معه الدولة والسلطة مترادفين ـ في الواقع الاصطلاحي قبل العملي ـ وباستهداف احتكار مماثل على مستويات حقائق التجمع البشري كافة، ومنها مفهوم الانتساب الفردي للجماعة، الآخذ شكل الجنسية في التصور المعاصر، إذا كان ذلك كذلك، فما كان يجوز تكريس هذا الوضع المعكوس، وإضفاء شرعية عليه، بتأصيله نظرياً، على النحو الذي استغرقه الفقه القانوني المعاصر. بل كان من المتعين وجوباً إقامة هذا الاعوجاج، بالتأكيد على عدم شرعيته وطرح التصور القانوني القويم المتفق وصائب حقائق الاجتماع البشري وثوابته.

* * * *

الفرع الثاني
مفهوم الجنسية في القانون المصري

٢٢٣ ـ نظرة تاريخية: يتصل تاريخ الجنسية في مصر بتاريخه في الدولة العثمانية، حيث كانت مصر جزءاً من الدولة العثمانية. فيذهب الفقه إلى أن «فكرة الجنسية بمعناها المعروف لم تدخل مصر إلا في ١٩ من يناير سنة ١٨٦٩، تاريخ صدور قانون الجنسية العثماني»(١)، ويشايعه القضاء في ذلك، باعتبار أن الجنسية «بوصفها رابطة سياسية وقانونية بين فرد ودولة لم تعرف في مصر بمعناها هذا إلا منذ ١٩من يناير سنة ١٨٦٩، تاريخ صدور قانون الجنسية العثمانية، وقت أن كانت مصر تابعة للدولة العثمانية، وكان المصريون يعتبرون عثمانيين من الوجهة الدولية»(٢). وقد امتدت هذه المرحلة حتى ٥ من نوفمبر سنة ١٩١٤ تاريخ إعلان انفصال مصر عن تركيا. وإبان هذه الفترة، كان يطلق على المصري اصطلاح «رعية محلية» أو «مصري رعية محلية» على ما ورد بالأمر العالي الصادر سنة ١٩٠٠، وهذه الصفة لم يكن يُعتد بها كالجنسية من الوجهة الدولية، وإنما كانت وصفاً يعتد به داخل مصر فحسب لترتيب الحقوق والالتزامات بين المحكومين والحكام(٣). وهو وصف، وفق البادي من ظروف الحال، استلزمته ضرورات التنظيم المجتمعي، إذ «صار من اللازم إذن وضع ضابط لتمييز أهل مصر عن غيرهم ليتمتعوا بالحقوق ويتحملوا بالالتزامات داخل هذه الوحدة المستقلة استقلالاً داخلياً»(٤). وعليه وفي هذا السياق صدرت عدة قوانين تعرضت للرعوية المصرية منها الأمر العالي الصادر في ١٨٩٣/١١/٤ بشأن الشروط اللازمة للتوظف في المحاكم الأهلية، والأمر العالي الصادر في ١٩٠٠/٦/٢٩ بشأن من يعتبرون من المصريين عند العمل بقانون الانتخابات، وديكريتو ١٩٠١/٥/٢٣ الخاص بلائحة المستخدمين الملكيين في المصالح الحكومية، وديكريتو ١٩٠٤/١١/٤ الخاص بالقرعة العسكرية، وجميعها قوانين تواضع الفقه والقضاء معاً على أنه ليس مقصودها الأساسي، تحديد من هو المصري، «فقد درج أولو الأمر على وضع ضوابط لتمييز المصريين عن غيرهم في التمتع بالحقوق وتحمل التكاليف، غير أنهم لم يلجأوا إلى تقرير ضابط عام تستخلص منه جنسية خاصة بالمصريين، بل حددوا من هو المصري في كل مناسبة اقتضت ذلك بتشريع، وذلك بالقدر اللازم لتحقيق أغراض هذا التشريع في المناسبة التي صدر من أجلها. ومن ثم اختلف معنى لفظ «مصري» بحسب مقام

---

(١) الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص١٧٠.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٨٦٣ لسنة ٢ق.، جلسة ١٩٥٦/١١/١٠.

(٣) الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص١٧١.

(٤) الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص١٧٢.

استعماله»[1]. وعليه فاستناداً إلى هذا الفهم، انتهت المحكمة الإدارية العليا في قضاء سابق لها في خصوص هذه القوانين آنفة الإشارة، إلى أنه «لا حجة إذاً في الاستناد إلى القوانين المذكورة ولا إلى تطبيقها في حق شخص معين، للقول بثبوت الجنسية المصرية له نتيجة ذلك، ومن ثم فإن إلحاق شخص بإحدى وظائف الحكومة المصرية بناء على شهادة عرفية بأنه من رعايا الحكومة لإقامته في القطر المصري، موقعة في ١٠ من شهر أغسطس ١٩١٥ من اثنين من الموظفين لا ولاية لهما في تحقيق الجنسية أو إثباتها، أو تسليمه جواز سفر من السلطة المصرية في ٦ من سبتمبر سنة ١٩١٦ باعتباره مولوداً في لبنان ومقيماً بمصر مستخدماً بالحكومة المصرية، أو صدر كتاب من نظارة الحربية في ٢٥ من نوفمبر سنة ١٩١٥ بأنه لم يعامل حتى ذلك التاريخ بالقرعة وأنه لا مانع من استخدامه، وآخر في ٢١ من مارس سنة ١٩١٦ بإعفائه من الخدمة العسكرية لكونه عين كاتباً تحت الاختبار بمصلحة الأملاك الأميرية، فكل أولئك لا يصلح بذاته سنداً قانونياً لإضفاء الجنسية المصرية في ذلك الحين على من تهيأت له مثل هذه الظروف، كما لا يُعد اعترافاً مقيداً للحكومة في شأن هذه الجنسية»[2].

١/٢٢٣ ـ بعد الانفصال عن الدولة العثمانية: ثم أن كانت حقبة جديدة تبلورت منذ انفصال مصر عن تركيا، حيث يرصد الفقه هذا التاريخ بحسبه تاريخ مولد الجنسية المصرية، ومقدراً هذه المرحلة بالفترة من ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ وحتى ما قبل١٠ من مارس سنة ١٩٢٩، إذ صدر خلالها في ١٦ من مايو سنة ١٩٢٦ المرسوم بقانون بشأن الجنسية المصرية الذي نص على العمل به من تاريخ نشره، وتم نشره بالفعل في الوقائع المصرية في٣١ من مايو سنة ١٩٢٦. حدد هذا القانون من هم المصريون الأصلاء، فقررت المادة الأولى منه أن فريقاً من أولئك العثمانيين الذين عينتهم يكونون داخلين في الجنسية المصرية، هؤلاء هم المقيمون عادة في القطر المصري في ٥ من نوفمبر سنة ١٩١٤ المحافظين على إقامتهم حتى تاريخ نشر هذا القانون (م/٢)، وكذلك الذين جعلوا إقامتهم العادية في القطر المصري بعد ٥ من نوفمبر سنة ١٩١٤ محافظين على تلك الإقامة حتى تاريخ نشر هذا القانون (م/٣). مقرراً الحكم لفئة أخرى، جاعلاً بمقتضاه فريقاً من العثمانيين داخلاً الجنسية المصرية، إن تقدموا بطلب يفيده خلال سنة من تاريخ نشر القانون وهم أولئك المقيمون عادة بالقطر المصري من ٥ من نوفمبر سنة ١٩١٤ ولكن لم يحافظوا على تلك الإقامة حتى تاريخ نشر هذا القانون (م/٦)، وكذلك الذين كانوا يقيمون عادة في القطر المصري قبل ٥ من نوفمبر سنة ١٩١٤ ولم يحافظوا على تلك الإقامة حتى تاريخ نشر القانون المعني (م/٧). حال قررت المادة (٨) حكماً

---

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٨٦٣ لسنة ٢ق.، جلسة ١٩٥٦/١١/١٠.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٨٦٣ لسنة ٢ق.، جلسة ١٩٥٦/١١/١٠.

عاماً يفيد شمول الجنسية المصرية لزوجة وأولاد من تتقرر له استناداً إلى هذا القانون. بيد أن هذا القانون ولظروف تاريخية سياسية معقدة تعطل تنفيذه ـ أو هكذا بدا أنه قد تعطل ـ ولم تعمل به وزارة الداخلية، على الرغم من أنه ظل معتبراً من الوجهة القانونية قانوناً موجوداً وقائماً. وهذا ما انتهت إليه المحكمة الإدارية العليا، في حكم حديث لها إذ قررت أن «مقطع النزاع في الطعن الماثل يدور حول مدى ثبوت الجنسية المصرية الأصيلة لوالد الطاعن استناداً إلى أحكام المادة الثالثة من المرسوم بقانون الصادر في يوم ٢٦ من مايو سنة ١٩٢٦ والتي تنص على أن (يعتبر قد دخل الجنسية المصرية منذ تاريخ نشر هذا القانون وبحكمه أيضاً الرعايا العثمانيون الذين جعلوا إقامتهم العادية في القطر المصري بعد تاريخ ٥ من نوفمبر سنة ١٩١٤ وحافظوا على تلك الإقامة حتى تاريخ نشر هذا القانون). وإذا كان نص هذه المادة جلياً وواضحاً، فإن مثار الصعوبة في تطبيقه تكمن في أن مرسوم سنة ١٩٢٦ وإن كان قد حدد من الوجهة القانونية قواعد الجنسية المصرية إلا أن الجهة الإدارية لم تنفذه عملاً..... ومن حيث إن الوجود القانوني للمرسوم بقانون سنة ١٩٢٦ على نحو ما تقدم لا خلف فيه بعد أن صدر القانون رقم ٢ لسنة ١٩٢٦ بجعل القوانين الصادرة في المدة من ٢٤ من ديسمبر سنة ١٩٢٤ لغاية ١٠ من يونية سنة ١٩٢٦ في حكم الصحيحة، وقد أقرت محكمة النقض في فجر أحكامها بهذا الوجود..... ومن حيث إنه لما كان ذلك، وكان من المستقر في قضاء هذه المحكمة أن قوانين الجنسية لا تعني زوال الجنسية عن الأفراد الذين اكتسبوا مركز المصري وفقاً لأحكام أحد هذه القوانين إبان سريانه، بل أنهم يظلون متمتعين بهذا المركز ما دام القانون الجديد قد خلا من نص صريح يحرمهم منها، فمن اعتبر مصرياً فإنه يظل مصرياً ولا تتأثر جنسيته بصدور قانون لاحق قد يتضمن تعديلاً في الشروط اللازمة لشغل مركز المصري ما لم يكن القانون الجديد قد انطوى على نص صريح يقضي بذلك. وإذا كان الأمر كذلك وكان والد الطاعن قد قدم إلى البلاد في عام ١٩١٩، واستمرت إقامته فيها حتى تاريخ نشر المرسوم بقانون الصادر في سنة ١٩٢٦، فإنه يعتبر قد دخل في الجنسية المصرية بحكم القانون... وإذا كان الأمر كذلك، وكان والد الطاعن قد ثبتت له الجنسية المصرية فإن ابنه (الطاعن بالطعن الماثل) الذي ولد في عام ١٩٢٩، يكون مولوداً لأب مصري، وتثبت له أيضاً الجنسية المصرية الأصلية»[١].

٢/٢٢٣ ـ الجنسية المصرية ما قبل الجمهورية ثم صدر المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٩ بشأن الجنسية المصرية، حيث عمل به ابتداء من ١٠ من مارس سنة ١٩٢٩ وظل معمولاً به حتى ١٧ من سبتمبر سنة ١٩٥٠، وهو القانون الذي يعتبر من الناحية

---

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٥٢٦٥ لسنة ٤٢ق.، جلسة ٢٠٠١/٦/٩.

الفعلية العملية، أول القوانين المصرية التي قامت بتنظيم الجنسية المصرية، تنظيماً متكاملاً دقيقاً، مقرراً تبنيه لحق الدم أساساً عاماً لثبوت الجنسية المصرية الأصيلة. حال اتخذ من حق الإقليم أساساً ثانوياً لثبوتها، مستحدثاً حكم الجنسية الطارئة التي بمقتضاها يمكن كسب الجنسية لاحقاً إما بالتجنس أم الزواج. ثم صدر القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠ بشأن الجنسية المصرية الذي بدأ العمل به ابتداء من ١٨ من سبتمبر ١٩٥٠ واستمر حتى صدر القانون رقم ٣٩١ لسنة ١٩٥٦. والأخير إنما صدر استجابة للتطور السياسي والدستوري الذي لحق الواقع المصري في عهد الجمهورية. ومما يلاحظ على التشريعين الأخيرين، إفساحهما المجال واسعاً أمام السلطة التقديرية لجهة الإدارة في مقام منح الجنسية المصرية أو حجبها، كذلك الحكم القائم بالقانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠ الذي أجاز لوزير الداخلية حرمان الزوجة الأجنبية التي تتزوج من مصري، من الدخول في الجنسية المصرية على الرغم من طلبها، وكذا الحكم الوارد بالقانون رقم ٣٩١ لسنة ١٩٥٦ الذي جعل الدخول في الجنسية المصرية بالنسبة للمولود في الخارج من أم مصرية وأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له، جوازياً وفق السلطة التقديرية للجهة الإدارية المختصة، مخولاً ذات الجهة سلطة حرمان زوجة الأجنبي المتجنس بالجنسية المصرية من اكتساب هذه الجنسية. وهو ما استظهره القضاء المصري. إذ قضت المحكمة الإدارية العليا بأن «المشرع المصري في مادة الجنسية قد اتجه واستمر يتجه إلى التضييق في فرض الجنسية المصرية بحكم القانون، والتشدد في اكتسابها وفي التمتع بأثرها، وراح المشرع يفسح المجال الذي يعمل فيه تقدير الإدارة ابتغاء المحافظة على سلامة ركن السكان في الدولة لكفالة سلامتها وذلك بتخير العناصر التي يتكون منها هذا الركن وهو الأفراد، واستبعاد الفاسد من بيئتها عنه. وذلك هو ما دفع المشرع إلى المزيد من السير في هذا الاتجاه، مما ظهرت أثاره في قانون الجنسية الجديد (الثالث) وهو القانون رقم ٣٩١ الذي نشر في الوقائع المصرية العدد ٩٣ مكرر (م) غير اعتيادي الصادر في ٢٠ من نوفمبر سنة ١٩٥٦، فنرى المشرع الجديد يزيد في إفساح المجال الذي يُعمل فيه تقدير السلطة التنفيذية»[1].

٣/٢٢٣ ـ في ظل الوحدة بين مصر وسوريا وبعدها: وعلى إثر الوحدة التي تمت بين مصر وسوريا في ٢٢ من فبراير سنة ١٩٥٨، بما ترتب عليها من فقدان كلا الدولتين لشخصيتهما القانونية من الوجهة الدولية، وبالتالي زوال جنسيتهما، صدر القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ بقرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة في ٣ من يوليو سنة ١٩٥٨، منظماً جنسية هذه الدولة الجديدة. بيد أنه وبانتهاء الوحدة بين مصر وسوريا في ٢٨ من سبتمبر سنة ١٩٦١ صار من المتعين إلغاء هذا التشريع الأخير وإصدار آخر يتفق مع

---

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١١١١ لسنة ٦ق.، جلسة ١٩٦٢/٤/٨.

الظرف المستجد، إلا أنه ووفاءً من جانب مصر للوحدة، استمرت مصر محتفظة باسم الجمهورية العربية المتحدة عاملة بذات القانون المشار إليه. حالٌ استمر حتى سبتمبر من عام ١٩٧١ تاريخ إعلان قيام جمهورية مصر العربية، وإلى أن تم تنظيم جنسية جمهورية مصر العربية بمقتضى القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ الصادر في ٢١ من مايو سنة ١٩٧٥.

٤/٢٢٣ ـ والملاحظ من استمرار العمل بالقانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ بعد الانفصال، إثارته للبس أفرز عديداً من الإشكالات مما حدا بالقضاء والإفتاء القانوني الرسمي للدولة إلى التدخل لإعادة الأمور إلى نصابها القانوني السليم، فقررت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة، «أن انفصال الإقليم السوري عن الجمهورية العربية المتحدة في ٢٨ من سبتمبر سنة ١٩٦١ أصبح حقيقة واقعة منذ قررت الجمهورية العربية المتحدة عقب الانفصال أنه لا اعتراض لها على استرداد الجمهورية العربية السورية التي قامت بعد الانفصال في سوريا لعضويتها في جامعة الدول العربية وفي الأمم المتحدة دون أن تتبع في ذلك إجراءات انضمام عضو جديد وقد استقر هذا الأمر نهائياً بقيام التمثيل الدبلوماسي بين الجمهورية العربية المتحدة والجمهورية العربية السورية وصدور دستور مارس ١٩٦٤ الذي نص في المادة (١٦٩) منه على انتهاء العمل بالدستور المؤقت الصادر في ١٩٥٨ ونص في المادة الأولى منه على أن جنسية الجمهورية العربية المحتدة يحددها القانون وأن الشعب المصري جزء من الأمة العربية ثم استعمل الدستور بعد ذلك تعبير المصريين في كل مرة يتحدث فيها عن عنصر الشعب في الجمهورية العربية المتحدة، ومن ثم فإن الانفصال وهو واقعة دولية يؤدي حتماً إلى سقوط ما ورد في القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ بتنظيم جنسية الجمهورية العربية المتحدة من نصوص تتعلق بسوريا والسوريين منذ الانفصال، وتبعاً لذلك تزول عن السوريين جنسية الجمهورية العربية المتحدة التي اكتسبوها في ظل العمل بهذا القانون منذ الانفصال، ولا يحق لهم التمسك بها سوى مدة الوحدة فقط، والقول بغير ذلك مؤداه أن أفراد الشعب السوري كله يحتفظون بجنسية الجمهورية العربية المتحدة رغم قيام الدولة السورية المعترف بها دولياً ومن الجمهورية العربية المتحدة ذاتها، وهي نتيجة يأباها العقل والمنطق والفهم الصحيح للقانون»[1].

---

(١) الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، ملف رقم ٨٦/٤/٤٤٧، جلسة ٣/٢/١٩٧١.

المطلب الثاني

علاقة الجنسية بفكرة النظام العام

٢٢٤ ـ **الجنسية والنظام العام**: يصطلح الفكر القانوني المعاصر، على أن الجنسية «رابطة سياسية وقانونية بين فرد ودولة»[1]، رابطة ترتب ما ترتبه من التزامات وتقرر ما تقرره من حقوق، وذلك على نحو متبادل ما بين الدولة والفرد. أي أن المركز القانوني للفرد الكائن بدولة ما، إنما يتعين على أصل من تمتعه بجنسية تلك الدولة أو عدم تمتعه بها، فمقدار ونوع الالتزامات التي تفرض عليه ترتبط كلياً بمدى تمتعه بجنسية تلك الدولة التي يقطنها، فإن كان، غدا ملزماً بالولاء الكامل مع تحمله تبعاته كافة. وكذا مقدار ونوع الحقوق التي يتمتع بها، إذ حامل الجنسية وحده مستحق التمتع بكامل الحقوق السياسية فضلاً عما يتقرر للوطني من حقوق أخرى عامة وخاصة، اقتصادية واجتماعية، يتعذر تقررها لغير مثله من قاطني الدولة. الأمر الذي لا مشاحة معه، من التسليم بتعلق مفهوم الجنسية بمفهوم النظام العام، كون طرفا علاقة الجنسية، من القوى المجتمعية الساكنة مستويات هيكل مفهوم النظام العام، وباعتبار ما توفره هذه العلاقة من التزامات وحقوق، هي بحكم أصل الشرعة، ساكنة هذه المستويات. لذا فلا عجب، أن يفطن القضاء إلى ذلك، فتأتي عباراته قوية محكمة الدلالة على هذا الخصوص، إذ «أن مسائل الجنسية هي من صميم الأمور الداخلة في كيان الدولة، وأن تنظيمها يتعلق بسيادتها لاتصالها بالنظام العام من جهة، ولكونها من عناصر الحالة الشخصية من جهة أخرى»[2].

٢٢٤/١ ـ بيد أنه وبقدر وضوح تعلق مادة الجنسية بمفهوم النظام العام، يأتي غموض كنه هذه العلاقة وما يكتنف حدودها من لبس شديد. ذلك أنه نظراً لظروف واقع به ما به من خلل، فقد انعكس هذا على الموقف الفقهي، النظري المصاحب، فتهيأ مركز مفهوم الجنسية داخل هيكل النظام العام، على نحو لا يفيد حقيقة أمره. إذ دوماً سنجد أنفسنا بصدد مفارقة تاريخية بين ما هو كائن حقيقة وبين ما يجب أن يكون منطقاً، مما يستلزم العودة مرة أخرى إلى تعريف مفهوم الجنسية للوقوف على ما هو

---

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٦٥٢ لسنة ٢ق.، جلسة ١٩٥٧/٣/٣٠، مع تحفظنا على هذا التعريف وفق ما يبين لاحقاً.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٨٦٣ لسنة ٢ق.، جلسة ١٩٥٦/١١/١٠.

كائن منه، لتبين مدى صحته وانضباطه في ضوء حقيقة المنطق السليم وموجباته، وذلك للخلوص إلى تعيين ما نراه صائباً من علاقة مفهوم الجنسية بمفهوم النظام العام.

٢/٢٢٤ ـ علاقة الفرد والدولة في شأن الجنسية: يكاد الفقه يستقر على حصر الجنسية في العلاقة الثنائية المتبادلة ما بين الفرد والدولة، كونها إما أن تكون «علاقة قانونية بين فرد ودولة يصير الفرد بمقتضاها عضواً في شعب الدولة»[١]، وإما أن تكون «صفة تلحق الفرد ذات طبيعة سياسية وقانونية تربط الفرد بدولة معينة وبمقتضاها يتم التوزيع القانوني للأفراد في المجتمع الدولي»[٢]. وقد شايع القضاء ذاك التعريف الأخير «بحسبان الجنسية، على نحو ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة، هي رابطة سياسية وقانونية تربط الفرد والدولة يتعهد بمقتضاها الفرد بالولاء وتتعهد الدولة بالحماية»[٣]. ما مفاده، انحصار الجنسية داخل إطار العلاقة القائمة بين الفرد والدولة، متجاوزاً كلياً لكل دور يمكن تصوره للجماعة في هذا الخصوص، تلك الجماعة التي تم تنحيتها بالكامل عن الإسهام بأي صفة في تعيين مفهوم الجنسية. ليغدو المركز القانوني للفرد مقرراً على هدى علاقته بالدولة الكائن بها وحدها، دون سواها من جملة علاقاته المجتمعية التي يمكن أن تنشأ بينه وبين باقي عناصر المجتمع الذي يحيى فيه، من علاقات جمعية بالجماعة السياسية العامة، وعلاقات فرعية بجماعات الانتماء الفرعي، وصولا إلى علاقاته الخاصة بالأفراد. وحاصل الأمر، أن ذلك ما كان إلا انعكاساً لظرف تاريخي، بموجبه حصل خلل في توازن قوى المجتمع وحدود علاقات هذه القوى، كان من شأنه تضخم ركن السلطة داخل مفهوم الدولة وتعملقه على حساب ركنيها الآخرين مما رتب احتكاراً من قبل السلطة لكامل مفهوم الدولة. وبقيام السلطة بتأميم مفهوم الدولة لصالحها، ضعف وضع ركن الشعب، أي مركز الجماعة، فأصبح غير قادر على مواجهة سلطان السلطة. وسعياً من قبل السلطة لتكريس هذا الوضع، قامت بتفريد الجماعة من الوجهة القانونية، عن طريق شرذمتها إلى عدد من الأفراد القانونيين، الذين يقفون فرادى كلّ في مواجهة السلطة ـ الدولة ـ، بحيث تمت صياغة معادلات المركز القانوني للفرد بما يفرضه من واجبات وما يقرره من حقوق، من منظور الدولة ـ السلطة ـ فحسب، انطلاقاً من رؤية قصاراها أن الدولة وحدها هي مصدر الالتزامات والحقوق. ومن ثم غدا المركز القانوني للفرد مقرراً لا من الوجهة الجمعية وفق انتمائه الأصيل للجماعة وحدود علاقاته بها، وإنما من الوجهة السلطوية على هدي من ارتباطه السياسي بسلطة

---

(١) أصول الجنسية ومركز الأجانب في القانون المصري والمقارن، الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض، الطبعة الثانية، ١٩٩١، دار النهضة العربية، ص٤٧.

(٢) الدكتور عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص٢٤.

(٣) المحكمة الإدارية العليا، الطعنان رقما ١٩٤٦، و١٩٤٧ لسنة ٤٧ق.، جلسة ١٠/١٢/٢٠٠٠.

الحكم. وكان من أهم أدوات هذه التفتيتية القانونية وأبعدها أثراً، إعادة صياغة روابط الانتماء داخل المجتمع، لتصير انتماءً بين الفرد والدولة ـ السلطة فحسب، وذلك عن طريق صياغة مفهوم الجنسية، باعتباره انعكاساً قانونياً لواقع سياسي لعلاقة أصل تجمع الفرد بالسلطة، مع تنحية أي اعتبار لأي علاقات أخرى تجمع للفرد بالجماعة إلى خارج إطار مفهوم الجنسية. فنحن أمام واقع تاريخي بالأساس، كان له أثره القانوني المباشر، على ما تقدم، بإفراز مفهوم للجنسية ـ غير مناقش بل ويبدو أنه غير قابل للمراجعة ـ، يتأصل على كونها رباطاً سياسياً قانونياً يجمع الفرد إلى السلطة، التي احتكرت مفهوم الدولة، وهو رباط يكاد بُعده النفعي من جهة المصالح المتبادلة بين طرفيه، يطغى كلياً على أصل شرعته القائمة على مشاعر الانتماء الروحية.

٣/٢٢٤ ـ دور الفقه في تأكيد هذا المفهوم: والبادي أن الفقه، قام بتكريس نظري لهذا الواقع، نزولاً على ضرورات إضفاء مشروعية على سلوك السلطة ـ الدولة ـ، رغم تأكيده على إدراك دور الجماعة في هذا الخصوص، الذي أقره من الوجهة التاريخية؛ حيث أصل الجنسية رابطة انتماء الفرد بالجماعة أساساً، إذ «ظل اصطلاح الجنسية خلال فترة طويلة يطلق للتعبير عن رابطة اجتماعية مفادها انتماء الفرد إلى أمة معينة»[١]. كما أنه من الوجهة المعاصرة لا يتجاهل غالب الفقه وشائج الاتصال القوية بين الفرد وجماعته، إذ «يرتبط بالجنسية بوصفها صفة Qualite في الشخص قوامها معنى قانوني وسياسي بين الفرد والدولة، مفهوم آخر ذو طبيعة اجتماعية أو قومية يتبلور في استيعاب روح التشريع المنظم للجنسية وإبراز مدى تأثر الصياغة القانونية لهذا التشريع بالاعتبارات الأدبية والاجتماعية»[٢]. إلا أنه على الرغم من ذلك يصر ذاك الفقه على تصوره الكلي للجنسية باعتبارها هي رباط الفرد بالدولة إذ «للناحية السياسية أهميتها خصوصاً في مدى سلطة الدولة في مسائلها من الوجهتين الدولية والداخلية. وهو ما حدا ببعض الشرح إلى الاكتفاء في تعريف الجنسية بإبراز الناحية السياسية»[٣]. لذلك يخلص غالب الفقه إلى أن «الجنسية رابطة قانونية سياسية بين الفرد والدولة وهذا وحده كاف من وجهة الصياغة القانونية. ولكن يحق علينا أن نبحث في الفكرة الأدبية أو الاجتماعية Morale ou Sociale التي تصلح أساساً تقوم عليه هذه الصياغة»[٤]. غير أنه وعلى الرغم من إدراك الفقه لهذه الأبعاد الجمعية لمفهوم الجنسية، إلا أن ذلك لم يكن له مردود فيما استقر عليه من تعريف، إذ ظلت الجنسية لديه قاصرة على الحدود

---

(١) الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض، المرجع السابق، ص٤٦.

(٢) الدكتور عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص٢٤.

(٣) الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص٩٧.

(٤) الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص٩٨.

السياسية القانونية دون بُعدها الاجتماعي. وقد شايع القضاء الفقه في هذا النظر حيث خلص في غير حكم إلى أن الجنسية «رابطة تقوم بين فرد ودولة»[1]، كون «الجنسية رابطة يفرضها القانون بين الفرد والدولة وفقاً لما يقوم بالفرد من خصائص سياسية يقدر المشرع اعتبارها مناطاً للانتماء إلى الدولة»[2].

٤/٢٢٤ ـ أسباب الموقف الفقهي ومشايعة القضاء له: غير أن الفقه في موقفه آنف الإشارة والذي شايعه القضاء، لم يكونا إلا مضطرين اضطراراً إلى موافقة الدولة على نهجها المتقدم بيانه، وذلك لسببين ضاغطين، لم يكن ثمة محيص عن الانصياع لموجبهما. فأما السبب الأول فهو تاريخي محض، إذ أن نشأة الدولة المصرية، لم تكن نشأة طبيعية كتلك التي واكبت ظهور الدولة القومية الأوروبية أو الدولة الاتحادية الأمريكية، فالوضع في مصر حتى قبل ٥ من نوفمبر سنة ١٩١٤ كان وضعاً غريباً بعض الشيء، فالدولة موجودة وعناصرها متبلورة اكتمالاً، فثمة سلطة (تبدو سياسياً مستقلة على مستوى القرار السياسي الداخلي)، وثمة شعب ـ جماعة ـ قائم، فضلاً عن الإقليم الذي تتمتع عليه الدولة بسلطان مطلق[3]، فتمارس السلطة في مواجهة الجماعة غالب مظاهرها، من إصدار للتشريعات ومن تنظيم إداري للدولاب الحكومي، ومن جيش منظم. بيد أنه في الوقت ذاته، لم يكن لهذا الكيان شخصية دولية معترف بها، إذ هي من الناحية القانونية تابعة للدولة العثمانية ومن الناحية الواقعية رازحة تحت وطأة الاحتلال البريطاني. كما أن الجماعة كان يتنازعها انتماءان أحدهما يدفع صوب تكريس وضع التبعية للدولة العثمانية باعتبار مصر جزءً من الجامعة الإسلامية التي تشكل الخلافة العثمانية جوهرها، وثانيهما يدفع في نزوع قطري صوب الاستقلال والتهيؤ في الواقع الدولي في شكل شخص قانوني مستقل. وقد استمر ذلك إلى أن نشبت الحرب العالمية الأولى وسقطت كل سيادة للدولة العثمانية على مصر وانفصلت الأخيرة كلياً عن الأولى بإعلان الانتداب البريطاني على مصر. الأمر الذي يفيد أن نشأة الدولة المصرية الذي تم في ٥ من نوفمبر ١٩١٤[4]، تاريخ هذا الإعلان، لم يحصل بيد مصرية وإنما بيد المحتل وهي بريطانيا[5]، وهنا ظهرت الدولة المصرية، أو تكاملت لها مؤهلات الوجود

---

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٩٦٠ لسنة ٤٧ق.، جلسة ٢٠٠٠/١١/٦.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٠٤٦ لسنة ٢٦ق.، جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٧.

(٣) فالدولة المصرية آنئذ، ورغم تبعيتها النظرية للدولة العثمانية حتى بداية الحرب العالمية الأولى في ١٩١٤/١١/٥ ،وعلى الرغم من الاحتلال الإنجليزي، كانت قائمة ،وكان العنصر الأجنبي القائم يحكم من خلالها، أي إنها من الناحية القانونية، كانت تتمتع بسلطة تتمتع بدورها بسلطان داخلي على شعبها، محيزة إقليمياً بحدود مستقرة لها عليها سيادة معترف بها.

(٤) وهذا التاريخ يرجع إليه في تعيين تاريخ الجنسية المصرية على ما سوف يبدو لاحقاً.

(٥) الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص١٩٥، وكذلك الدكتور فؤاد رياض، المرجع =

القانوني الدولي، الأمر الذي تغدو معه الدولة المصرية الحديثة من الوجهة القانونية دولة ثمرة فعل أجنبي خارجي لا فعل جمعي داخلي وهو ما يفسر اغتراب الجماعة عنها. الأمر الذي أكده اعتراف تركيا به في معاهدة لوزان سنة ١٩٢٣ عقب سقوط الدولة العثمانية وظهور الدولة التركية على مفهوم قومي غير إسلامي. وبعدم شعور الدولة المصرية بأن للجماعة المصرية فضل في نشأتها، اندفعت السلطة بها إلى الاحتكار الكلي لمفهوم الدولة على حساب الجماعة، التي كانت ما تزال في حال صدمة من الأحداث المتلاحقة، التي كانت هي ـ أي الجماعة ـ بعيدة عن التأثير فيها، مما جعل الدولة تنزع صوب الانفراد بتحديد عنصر الشعب ـ الجماعة ـ، ومن ثم تعيين مفهوم الجنسية المصرية بمعزل عن أي سلطان للجماعة في هذا الخصوص.

أما السبب الآخر، فمرده الطبيعة القانونية ذاتها، فالقانون بشكل عام، إنما يتأصل على قواعد صارمة في الانضباط، فما يسنه من أحكام ونصوص، عصيٌّ على التقرر من دون ربط هذه الأحكام وتلك النصوص بمناطاتها القاطعة الدلالة وضوحاً وانضباطاً، حتى يمكن إعمال الحكم بشكل مباشر حال تحقق مناطه، أو القياس عليه في النوازل غير المحكومة بقاعدة مخصوصة، إن توفر لها مناط أي من الأحكام المقررة. لذلك وإذ تولت الدولة هذه المهمة، مؤدية إياها بكفاءة على المستوى القانوني الفني، فلم يكن بوسع الفقه ولا القضاء سوى النزول على نهجها وتكريسه نظرياً.

وعلى ذلك، وبدافع من هذين السببين، استوى موقف الفقه مؤيداً بالكلية من قبل القضاء، مؤكداً على سلطان الدولة ـ السلطة ـ في الانفراد بتقرير الجنسية. وهو ما استخلصه القضاء بأحد أحكامه كون «الرعوية المحلية المصرية على الرغم من أنها كانت محققة الوجود، إلا أنها لم تعين لها ضوابط ثابتة، فكان من غير الميسور أن تتحول بحالتها إلى الجنسية المصرية، بيد أن المشرع عندما أعاد تنظيم نشوء الجنسية المصرية، ومع تسليمه بأنها لم تخلق في نظر أحكام القانون الدولي، إلا يوم ٥ من نوفمبر سنة ١٩١٤، رأى أن في الأخذ بهذه القاعدة مساساً بالكرامة القومية التي تأبى فناء الجنسية المصرية، وهي في نظر المصريين قائمة منذ أجيال طويلة، فاختار ما بين التشريعات المتعددة التي تناولت الرعوية المحلية، الأمر العالي الصادر في ٢٩ من يونية سنة ١٩٠٠ في شأن من يعتبرون من المصريين عند إجراء العمل بقانون الانتخاب الصادر في أول مايو سنة ١٨٨٣، واتخذه أساساً لتعيين الأباء المصريين اعتداداً منه بالأمر الواقع»[1]. ولعل ذلك القضاء، بما يحمله من دلالة على ما ذكرناه، يحمل أيضاً، اعترافاً من قبل المحكمة، بما للجماعة من سلطة في تقرير الجنسية المصرية،

= السابق، ص١٥٨، ص١٥٩.

(١) المحكمة الإدارية العليا ـ طعن رقم ٩٤٠ لسنة ١٣ ق ع ـ جلسة ١٩٦٩/٦/٢١.

سلطة لم يكن بمستطاع المشرع تجاوزها أو الغفل عنها. بيد أنه وعلى الرغم من ذلك، فقد ظل القضاء مخلصاً ـ ولا مشاحة فهذه هي الوظيفة نيطت ولايته بحدها ـ لنصوص قوانين الجنسية وما يقرره المشرع من أحكام في خصوصها، الأمر الذي أفرز أوضاعاً، كثيراً ما تحمل من المفارقة ما بدت معه شديدة الغرابة، كأحوال تم فيها حجب الجنسية عن كثيرين، لعدم تحقق شروطها بهم على النحو المفصل بقوانين الجنسية، رغم أن ظروف الحال تنطق بأنهم من المصريين المنتمين إلى الجماعة المصرية، المندمجين فيها على نحو شبه كامل. ومن ذلك قضاء المحكمة الإدارية العليا بأن «إلحاق شخص بإحدى وظائف الحكومة المصرية بناء على شهادة عرفية بأنه من رعايا الحكومة لإقامته في القطر المصري موقعة في ١٠ من شهر أغسطس سنة ١٩١٥ من اثنين من الموظفين لا ولاية لهما في تحقيق الجنسية أو إثباتها، أو تسليمه جواز سفر من السلطة المصرية في ٦ من سبتمبر سنة ١٩١٦ باعتباره مولوداً في لبنان ومقيماً بمصر ومستخدماً بالحكومة المصرية، أو صدور كتاب من نظارة الحربية في ٢٥ من نوفمبر سنة ١٩٢٥ بأنه لم يعامل حتى ذلك التاريخ بالقرعة وأنه لا مانع من استخدامه، وآخر في ٢١ من مارس سنة ١٩١٦ بإعفائه من الخدمة العسكرية لكونه عين كاتباً تحت الاختبار بمصلحة الأملاك الأميرية، كل أولئك لا يصلح بذاته سنداً قانونياً لإضفاء الجنسية المصرية في ذلك الحين على من تهيأت له مثل هذه الظروف، كما لا يُعد اعترافاً مقيداً للحكومة في شأن هذه الجنسية»[1]. أي وبالرغم من كل هذه الشواهد آنفة البيان على اندماج طالب الجنسية بالمجتمع المصري، من قيامه بالتوظف بجهازها الإداري وإمكان معاملته عسكرياً لولا توظفه واستخراج جواز سفر مصري، فقد حجبت عنه الجنسية المصرية، كونه لم تتحقق به الشروط القانونية المقررة، تلك الشروط المستلزمة في طالب إثبات الجنسية بموجب المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١٩لسنة ١٩٢٩ الحاكم للواقعة الماثلة، إما بالتوطن هو أو والده بالقطر المصري قبل الأول من يناير سنة ١٨٤٨ مع المحافظة على هذه الإقامة، وإما بالولادة بالقطر المصري من أبوين مقيمين فيه متى كانا قد حافظا ـ أي والديه ـ على هذه الإقامة، وإما بأن يكون قد ولد بالقطر المصري وأقام به وعومل بمقتضى قانون القرعة العسكرية سواء بأداء الخدمة أم بدفع البدلية، ولا يستثنى من هذه الأحكام سوى رعايا الدول الأجنبية أو من يكونون تحت حماية هذه الدول. وإذ لم يكن المذكور مما ينطبق عليه أي من هذه الشروط. فلم تثبت له الجنسية المصرية. وهو ما نستظهره بحكم آخر، تتحصل وقائعه في أن طالب إثبات الجنسية المصرية، كان قد ولد في ١٩٤٦/٨/١ بناحية روض الفرض لأبوين مصريين ومثبت بشهادة ميلاده أنه مصري تخرج في الجامعات المصرية ومارس عمله بالتجارة بمصر

---

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٨٦٣ لسنة ٢ق.، جلسة ١٩٥٦/١١/١٠.

واستدعي لأداء الخدمة العسكرية وأعفي منها لعدم اللياقة الطبية وقد حصل على بطاقة إثبات شخصية مصرية وجواز سفر مصري، كما أن والده ورغم ولادته بحلب ـ سوريا ـ سنة ١٩٠٦ إلا أن الثابت أن جده كان موجوداً بمصر قبل سنة ١٩١٤ إذ كان قد استأجر دكاناً بالقاهرة واستمر مستأجراً إياه من نوفمبر سنة ١٩٠٧ وحتى سنة ١٩٣٧. بيد أن المحكمة وعلى الرغم من كل ذلك، انتهت إلى عدم ثبوت الجنسية المصرية في حقه، وذلك على سند من أنه «ينبغي بحث مدى شرط الجنسية في والد الطاعن، حتى يتيسر التحقق من انتقالها له بالميلاد لأب مصري وفقاً للأحكام والقواعد التي كانت سارية بشأن الجنسية المصرية في التاريخ الذي ولد فيه والد الطاعن بمنطقة حلب بسوريا في عام ١٩٠٦ وهي القواعد المنظمة بالأمر العالي الصادر في ٢٩ يونيو سنة ١٩٠٠ المشار إليه. فإذا كان الطاعن لم يدع أن والده ولد لأبوين مقيمين في القطر المصري وحافظا على إقامتهما فيه حتى تاريخ العمل بالأمر العالي سالف الذكر، ولم يثبت من أوراق الدعوى الرسمية توافر تلك الوقائع في شأنه، ومن ثم لا يعتبر والده مصرياً وفقاً للأحكام والقواعد الخاصة بالجنسية المصرية تطبيقاً لأحكام الأمر العالي الصادر سنة ١٩٠٠ . . . (كما أنه) لا ينال مما تقدم ما استند إليه الطاعن من أن الحالة الظاهرة لوالده تثبت جنسيته المصرية، ذلك أن الحالة الظاهرة ـ وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة ـ ليست لها حجية قطعية في إثبات الجنسية، ويجوز دائماً إقامة الدليل على عكس ما تشهد به تلك الحالة. وإذا كان الأمر على هذا النحو، وكان الثابت أن والد الطاعن ظل محتفظاً بجنسيته السورية وفقاً لشهادة قنصلية الجمهورية العربية السورية بالقاهرة والتي تفيد بأنه سوري الجنسية فضلاً عما هو ثابت من إقراراته المقدمة ضمن الأوراق الرسمية الثابتة في ملف الجنسية الخاص به وملف الإقامة الخاص بزوجته السورية الجنسية على نحو ما سبق بيانه، ومن ثم يكون الادعاء بكسبه الجنسية المصرية، وفقاً للحالة الظاهرة، غير قائم على أسس صحيحة مستمدة من الواقع أو القانون»[1]. ولا تثريب على هذا القضاء من الناحية القانونية، بل هو في كله وتفصيله، صحيح موافق لجادة أحكام القانون، فليس للمحكمة وفي حدود ولايتها الدستورية، سوى الانصياع للقانون، أحكاماً وقواعدَ، وأي خروج عليها يؤدي إلى البطلان لتجاوز حدود الولاية، كونه يصير قضاءً بالمعتقد الشخصي لهيئاتها، وهو ما تبرأ منه المحكمة الإدارية العليا، التي تستوي على القمة من مدارج قضاء المشروعية. وإنما المؤاخذة تنصب كلياً، على المشرع الذي أتى من الأحكام المقررة للجنسية، فيه ما فيه، من التحكم والتضييق، أفرز أحوالاً، صارخة نطقاً بثبوت الجنسية المصرية، ومع ذلك انحسرت عنها نصوصه القانونية، لتحجب الجنسية إثر ذاك عن مستحقيها. وللقضاء فهم

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢٥٣٧ لسنة ٤٤ق.، جلسة ٢٧/١/٢٠٠١.

مستقر على ذلك، إذ «أن المشرع المصري في مادة الجنسية قد اتجه واستمر يتجه إلى التضييق في فرض الجنسية المصرية بحكم القانون، والتشدد في اكتسابها وفي التمتع بأثرها، وراح الشارع يفسح المجال الذي يعمل فيه تقدير الإدارة»[1]. ولعل هذا التحكم التشريعي، ليتبين من التفرقة غير المنطقية، التي مايز فيها المشرع بين رعايا البلاد التي انفصلت عن الدولة العثمانية قبل تاريخ نفاذ معاهدة لوزان في ١٩٢٤/٨/٣١ ورعايا البلاد التي انفصلت عن الدولة العثمانية في التاريخ المعنيّ، غير معتبر الأولين من الرعايا العثمانيين، وإن توافرت بهم شروط الميلاد والإقامة بالقطر المصري، كحال المصريين الأصلاء كافة. حال اعتبر الآخرين، إن تحققت بهم هذه الشروط من المصريين الأصلاء، وذلك حسبما ورد بالمادة الأولى من المرسوم بقانون رقم١٩ لسنة ١٩٢٩، وذلك اعتباراً بكون «المصريين الأصلاء ينقسمون إلى طائفتين، الأولى: رعايا الدولة العلية أو الرعايا العثمانيون، فهؤلاء يعتبرون مصريين إذا توافرت فيهم شروط خاصة، وقد عرف المشرع أفراد هذه الطائفة في المادة (٢٣) من المرسوم بقانون رقم١٩ لسنة ١٩٢٩ والفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم١٦٠ لسنة ١٩٥٠ بأنهم رعايا الدولة العثمانية قبل نفاذ معاهدة لوزان في٣١ من أغسطس سنة ١٩٢٤، ومن ثم فلا يدخل ضمن هؤلاء رعايا البلاد التي انفصلت عن الدولة العثمانية قبل ذلك التاريخ، ومنها تونس التي انفصلت عن الدولة العثمانية إثر الاحتلال الفرنسي سنة ١٨٨١ وتوقيع اتفاقية بوردو سنة ١٨٨١ والروس سنة ١٨٨٣ فسقطت تبعاً لذلك الرعوية العثمانية عن الرعايا التونسيين وتأكد للجنسية التونسية وجودها القانوني، وإن كان ناقصاً بسبب الاحتلال الفرنسي. وقد أقرت الحكومة المصرية هذا الوضع بالاتفاق الذي عقد مع فرنسا في١٦ من يوليو سنة ١٨٨٨ بشأن التونسيين، إذ بموجبه اعترفت الحكومة المصرية بحماية فرنسا للتونسيين. وعلى ذلك فلا يعتبر التونسيون من رعايا العثمانيين في مدلول أحكام قوانين الجنسية المصرية وإنما يعتبرون من الأجانب. أما الطائفة الثانية فهم بصفة عامة أهل البلاد الأصليون سواء كانوا حقيقة مصريين أو كانوا بلا جنسية، ويكفي توطنهم في البلاد قبل أول يناير سنة ١٨٤٨»[2]. فهذا فضلاً عما به من تحكم صارخ، فهو عجب، إذ كيف بمشرع وطني أن يؤصل مفاهيم جنسيته على هدى من فعل استعماري، قام بتفتيت أوصال الإقليم العربي الإسلامي وتجزئته قطرياً، وبمقتضى اتفاقية مخزية بين حكومة بدولة مستعمَرة وهي الحكومة المصرية في عام ١٨٨٨ ودولة مستعمِرة وهي فرنسا آنئذ. وهو أمر لا يجد ما يبرره أو يسانده، خاصة بعد أن استردت الدول العربية سيادتها وتمتعت باستقلال لم تعرفه منذ أمد، ما كان يستلزم من المشرع

---

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١١١١ لسنة ٦ق.، جلسة ١٩٦٢/٤/٢٨.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، رقم ١٢٢٠ لسنة ٨ق.، جلسة ١٩٦٦/١١/١٩.

توحيد التقدير بالنسبة لأقاليم الدولة العثمانية كافة، دون ممايزة على غير أساس شرعي، ولا مشاحة في أن آثار الاستعمار إنما تأخذ حكم عدم المشروعية.

* * * *

٢٢٥ ـ تأصيل فكرة الجنسية في ارتباطها بمستويات مفهوم النظام العام: نخلص من ذلك، أن الوضع القانوني المعاصر، وإن اعتد بمفهوم الجنسية باعتباره من المفاهيم القانونية التي تتعلق بمفهوم النظام العام، إلا أنه لم يعترف لهذا المفهوم بوجود، إلا في المستوى الفوقي لهيكل مفهوم النظام العام، حيث مجموع القواعد الخاصة بالدولة، التي يتشكل على هداها النظام السياسي السلطوي الحاكم.

٢٢٥/١ ـ الحق، أن مفهوم الجنسية، لا يمكن تصوره دون توزيع أطره على كلا المستويين الارتكازي والفوقي. فهو من وجهة، يتصل أوثق اتصال بالجماعة، كون جنسية الفرد، أولاً وأخيراً، هي تعبير عن وضع جمعي، يفترض فيه أن ثمة اندماجاً كاملاً للفرد بجماعة معينة، بحيث يصير ولاؤه الوحيد إنما هو لهذه الجماعة. ثم تأتي الدولة بأجهزتها ومؤسساتها، فتقوم بتنظيم الأمر على النحو الذي يكشف عن حقيقة هذا الاندماج، بحيث تصير القواعد القانونية الضابطة في هذا الخصوص قواعد كاشفة لحقيقة وضع انتماء الفرد للجماعة، وليست منشئة لأوضاع لا تعبر صراحة عن الأمر، أو تقرير قواعد تنحسر عن بعض أو كل ذلك الأمر. فيتم تقرير الجنسية لمن لا تعبر أوضاعهم عن اندماج كامل بالجماعة أو يتم حجبها عن بعض مستحقيها. ومن ثم فإن الجنسية وإن عدت حقاً خالصاً للفرد، فهي حق للدولة من وجهتها الجمعية، أي هي حق للدولة باعتبارها القائم على الجماعة بالتنظيم والضبط، وذلك في حدود الأطر الجمعية المقررة، التي تسمح الجماعة من خلالها للدولة بالنشاط، أي من خلال أطر ولايتها. مما لا يجوز معه للدولة وهي بصدد حق تنظيم أمر الجنسية، أن تتجاوز الجماعة وتسعى بغير قيد في تنظيم الجنسية دون تقدير لحق الفرد من وجهة وحق الجماعة من وجهة أخرى.

٢٢٥/٢ ـ ومن ثم فلا مناص من التسليم بحق الجماعة في تعيين من ينتمي إليها ومن لا ينتمي إليها. وهذا ما أفاده الفقه في غير حال، بتأكيده على البُعد الجمعي لمفهوم الجنسية على ما تقدم. كما استقرأه القضاء في غير حكم. بل إن للقضاء الحديث توجهاً، يُعد نقلة نوعية بالغة الأهمية، في تقدير حق الجماعة في الكشف عن مفهوم الجنسية، إذ يرى النظام العام، وهو بصدد تعيين مفهوم الجنسية، «مجموع المصالح الأساسية للجماعة، فهو مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها، بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليماً دون استقراره عليها. ولذلك كانت القواعد القانونية المتعلقة بالمصالح الأساسية للجماعة أي المتعلقة بالنظام العام،

قواعدَ آمرةً لا تملك الإرادة الفردية إزاءها أي سلطان أو قدرة على مخالفتها، إذ تعرض مخالفتها، كيان المجتمع بأسره للانهيار والتصدع، فلا يسمح لأي من كان أن تجري إرادته على خلافها»[1]. وعليه فإن «الجنسية المصرية مركز قانوني يستمده الشخص من أحكام الدستور والقانون ويتصل بسيادة الدولة والنظام العام الدستوري ويرتبط بكيانها، بتحديد من هم مواطنوها مثلما يحدد الدستور إقليمها ونظام حكمها»[2]. من هذا المنطلق تغدو «الجنسية المصرية ـ وفقاً لصريح أحكام المادة (٦) من الدستور ـ التي تضفي على من يتمتع بها وصف المواطن المصري، أمر يختص به القانون وحده، الذي ناط به الدستور أمر تنظيمها، وهي صفة غالية وشرف لا يدانيه شرف، يترتب عليها تمتع الشخص بحقوق المواطنة والمشاركة في إدارة الشؤون العامة للوطن والشعب، التي تستلزم الولاء العميق والتام لهذا الوطن، بحسبان الجنسية، على نحو ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة، هي رابطة سياسية وقانونية تربط بين الفرد والدولة يتعهد بمقتضاها الفرد بالولاء وتتعهد الدولة بالحماية. والجنسية بهذه المثابة هي التي يتحدد على أساسها الركن الأصيل لقيام الدولة، إذ بها يتحدد الشعب، وشعب مصر هو الذي يقوم عليه وبه، كيان دولة مصر»[3]. هذا القضاء يمثل تطوراً نوعياً بالغ الأهمية، وذلك في مقام تعيين القضاء لمفهوم الجنسية. فبعد أن كانت النظرة القضائية لهذا المفهوم، تنحصر في حدود كون الجنسية رابطة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة، رابطة تعبر فحسب عن علاقة تنظيمية تقوم بين الفرد ومؤسسات الدولة السلطوية، تمثل النفعية المتبادلة جوهرها، غدت فضلاً عن ذلك، رباط انتماء معنوي بالأساس، يجتمع بعقدته الفرد بالجماعة ـ الشعب. الأمر المستفاد من الممايزة في التعبير التي استخدمها القضاء الأخير، باستعماله لاصطلاح «الوطن»، تمييزاً لما يعنيه هذا القضاء عما كان يعنيه قبل بمسمى «الدولة». ممايزة يتبدى أثرها، في إعادة تأسيس مفهوم الجنسية على هدي من الأصول المعنوية، فضلاً عن الأسس المادية التقليدية. وما يلاحظ على هذا القضاء، تأكيداً على ذلك الاتجاه، أن الركن الأصيل لقيام الدولة في فهم المحكمة صار هو الشعب، وليس السلطة كما كان قبل في قضائها السابق. وعليه غدت الجنسية، بحكم تحديدها لركن الشعب، محدداً للركن الأصيل لقيام الدولة. وبابتناء مفهوم الجنسية على أصول معنوية خاصة بالولاء العميق والتام، للكيان المعنوي المعروف بالوطن، ذاك الكيان الذي هو مركب من جماعة وإقليم وتراث وثقافة مشتركة، ـ أقول ـ بابتنائه على ذلك، فضلاً عن الأسس المادية الخاصة بالعلاقة النفعية التي تربط الفرد بالدولة

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٦٤٨ لسنة ٤٧ق.، جلسة ٦/١١/٢٠٠٠.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٦٨٥٤ لسنة ٤٣ق.، جلسة ١٣/١/٢٠٠٠.

(٣) المحكمة الإدارية العليا، الطعنان رقما ١٩٤٦، ١٩٤٧ لسنة ٤٧ق.، جلسة ١٠/١٢/٢٠٠٠.

ـ السلطة ـ أضحت الجنسية صفةً غاليةً يتصف بها الفرد وباتت شرفاً لا يدانيه شرف، كونها رابطة مقدسة تعبر عن التحام كامل للفرد بشعب مصر، ناطقاً بنبضه حاساً بآلامه ملتحماً بآماله[١].

٢٢٥/٣ ـ الأمر الذي تظهر معه مكانة الجنسية، داخل مفهوم النظام العام، إذ برد المحكمة مفهومها إلى الجماعة (الشعب بتعبير المحكمة)، على ما تقدم، تكون الجنسية مفهوماً قانونياً، يسكن من حيث أصل الشرعة والتحقق، المستوى الارتكازي لمفهوم النظام العام، كونها رباط انتماء الفرد بالجماعة، وكل من الفرد والجماعة، قوى مجتمعية تسكن هذا المستوى الارتكازي. وفي الوقت ذاته، تسكن أحكامها الكلية من الوجهة التنظيمية، المستوى الفوقي لهذا المفهوم، من حيث كونها علاقة تنظيمية تتكفل الدولة بضبطها، ولو على هدى مما ترتأيه معبراً أميناً عن الانتماء الأولي القائم بين الفرد والجماعة، باعتبار الدولة هي القوة الاجتماعية ساكنة هذا المستوى الفوقي. مما يوجب أن تكون قواعد النظام العام التي تنتظم مسألة الجنسية ساكنة المستوى الفوقي، موافقة لحقيقة كليات علاقة الانتماء القائمة بين الفرد وجماعته، غير مخالفة لها أو متجاوزة لحدودها وأطرها. الأمر الذي أثارته مسألة ازدواج الجنسية على ما يلي.

٢٢٦ ـ **ازدواج الجنسية وعلاقتها بفكرة النظام العام:** من أحدث المسائل التي صادفت فقه الجنسية أمر ازدواج الجنسية، في ضوء ما أظهرته أحكام القضاء من صلة هذا الوضع وأثره على مركب الحقوق والواجبات الذي يتمتع به المواطن مزدوج الجنسية، مقارناً بقرينه ذي الجنسية الواحدة. وهي حقوق وواجبات تنتمي جميعها إلى المستويين الارتكازي والفوقي، أي أنها من تلك المتصلة بالنظام العام بشكل مباشر. وحاصل الأمر، أنه لما كانت مسائل الجنسية مما يدخل المجال الخاص بكل دولة، حيث يعكف كل مشرع على تنظيمها من زاوية وطنية خالصة مراعياً فيها صالحه المخصوص فقد أفرز الواقع صوراً عدة، أمكن فيها للفرد الواحد التمتع بجنسية أكثر من دولة في الوقت الواحد، وهي الظاهرة المعروفة بازدواج الجنسية أو تعددها. وقد كانت ظاهرة ازدواج الجنسية مبعث عديد من المشاكل، كالكيفية التي بها يتم معاملة مزدوج الجنسية أو متعددها في المجتمع الدولي، أو كالصدام الذي غالباً ما يثور بين الدول التي ينتمي إليها مثل هذا الشخص عندما تهم كل دولة من هذه الدول بممارسة حقها في شمول المذكور برعايتها وحمايتها خارج إقليمها، هذا فضلاً عما قد يرتبه ازدواج الجنسية من إلقاء أعباء التكاليف الوطنية كالضرائب والخدمة العسكرية على كاهل مزدوجها، وذلك على نحو مزدوج، فيطالب بها من قبل كل دولة من الدول التي يتمتع

---

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٢٥٩ لسنة ٤٧ق.، جلسة ٢٧/١٠/٢٠٠٠.

بجنسيتها، كما أثار ازدواج الجنسية مشاكل تتعلق بتنازع القوانين في الأحوال التي يكون فيها القانون واجب التطبيق هو القانون الشخصي، بالتساؤل عن قانون أي من الدول التي يتمتع بجنسيتها مزدوج الجنسية هو الذي يكون موضع التطبيق.

١/٢٢٦ ـ بيد أن، ثمة مشكل آخر، بات مطروحاً بإلحاح، كونه أحد أعقد المشاكل المعاصرة التي صادفت القضاء وأربكت الحقل القانوني أجمع، ألا وهو تأثير اكتساب جنسية دولة أخرى على المكنات التي تكفلها له جنسية دولته الأولى، فما تأثير اكتساب جنسية دولة أجنبية على ما كان يتمتع به مكتسبها من حقوق سياسية عامة كفلها له تمتعه بجنسية دولته الأولى. وكان مثار هذا الإشكال، ترشح بعض المصريين من حملة جنسيات أجنبية، لخوض انتخابات مجلس الشعب المصري، حيث ثار التساؤل عن مدى أهلية حامل الجنسية الأجنبية إلى جانب جنسيته المصرية لخوض انتخابات النيابة عن الشعب المصري، في ظل غياب نص تشريعي صريح يعالج الأمر. وقد زاد الأمر تعقيداً أنه ثار بصدد مسألة شديدة الحساسية، ألا وهي الحساسية التي تكتنف تعامل السلطة التشريعية مع الولاية القضائية بنظر الطعون على جملة العملية الانتخابية من مبدأها في رقابة مدى توافر شروط الترشيح وحتى منتهاها ببدء العملية الانتخابية صبيحة اليوم المقرر إجراؤها به حسب ما هو مستقر ـ الآن ـ قضاء.

٢/٢٢٦ ـ والحق، أن هذا الشكل، جديد كلياً على الحقل القانوني المعاصر. فلم يثر على المستوى الفقهي أو القضائي قبل انتخابات مجلس الشعب المصري عام ٢٠٠٠، قط. ومن ثم فقد كان الاجتهاد القضائي عندما أثير الأمر أمامه اجتهاداً غير مسبوق، سواء من وجهة أسبقية التعامل مع هذا المشكل أم من وجهة النهج الذي تبناه في تعامله معه أم من وجهة النتائج التي خلص إليها، وذلك كله في ضوء عدم وجود نص صريح يمنع ترشيح مزدوج الجنسية لخوض انتخابات المجلس التشريعي أو يمنحه هذا الحق. فكان على القاضي الإداري انطلاقاً من فلسفة ولايته باعتباره قاضياً إنشائياً، أن يجتهد في روح التشريع وفلسفة نظامه القانوني ويعمل مناهج الاستقراء والقياس الاجتهاديين، وذلك في جملة النصوص القانونية القائمة حتى يتمكن من الكشف عما استتر من قواعد قانونية هادية في النظام القانوني المصري.

٣/٢٢٦ ـ والحاصل أن عدداً ممن قاموا بالتقدم لخوض انتخابات مجلس الشعب للعام ٢٠٠٠، ثبت تمتعهم ـ اكتسابهم ـ بجنسيات أجنبية، إلى جانب جنسيتهم المصرية، فتم الطعن على قبول أوراق ترشيحهم، تعرضت المحكمة الإدارية العليا لهذا الأمر. والجدير ذكراً، أن أول هذه الطعون ما كان منصباً على أمر ازدواج الجنسية تحديداً، وإنما انصب على أوجه أخرى، إلا أن المحكمة ولما ارتأته من مساس لهذا الأمر بالنظام العام لم يكن لها بد عن التعرض له وذلك على سند من أنه إذ كان «في

الطليعة من القواعد المتعلقة بالنظام العام، أي من القواعد الآمرة المتعلقة بالحقوق والحريات العامة، التي تنص عليها الدساتير عادة، كالحرية الشخصية وحرية العقيدة وحرية الرأي وحقي الانتخاب والترشيح. ومن حيث إنه إذا كان موضوع الطعن الماثل متعلقاً بالنظام العام، باعتباره متصلاً بحق الترشيح للمجلس النيابي الذي يتطلب ضرورة توافر شروط معينة في المرشح حتى يمكن قبول ترشيحه»[1]. فوفق هذا المنطلق، كان تعرض المحكمة لأمر ازدواج جنسية المرشحين المطعون في ترشيحهم، رغم عدم انصباب الطعن على هذه الجزئية، وذلك بحسبان لتعلقه بالنظام العام وموجباته التي تفرض على القاضي التعرض له، ولو من تلقاء نفسه دون حاجة إلى دفع مخصوص.
وفي شأن ما إذا كان ليجوز لمزدوج الجنسية الترشيح لخوض انتخابات مجلس الشعب، بدأت المحكمة الإدارية العليا، بحثها بالاجتهاد الاستدلالي في نصوص الدستور، حيث ذهبت إلى أن «الاستخلاص الحتمي لنصوص الدستور وعلى الأخص نص المادة (٩٠) التي تحتم أن يقسم عضو مجلس الشعب أمام المجلس قبل أن يباشر عمله، قسماً قوامه أن يحافظ العضو مخلصاً على سلامة الوطن وأن يراعي مصالح الشعب، مما لا يتصور معه، في الاستنتاج المنطقي، أن يكون الولاء للوطن شركة مع وطن غيره أو لشعب خلاف شعب مصر. وإذا كانت التشريعات المنظمة لأحكام الجنسية تجيز، في الحدود وبالشروط التي تقررها، اكتساب المصري جنسية أجنبية مع احتفاظه بالجنسية المصرية، إلا أن هذا الجواز لا يمكن أن يصلح سنداً أو يقوم أساساً لخلخلة مفاد أحكام الدستور التي لا يمكن حملها، لا تفسيراً ولا تأويلاً، على أنها تجيز أن ينوب عن الشعب ويعبر عن إرادته وينطق بنبضه ويحس بآلامه ويلتحم مع آماله إلا من كان مصرياً خالص المصرية، فلا تشارك هذه الرابطة المقدسة رابطة معها. فكل ذلك يتعارض ويتصادم مع صريح عبارة القسم المنصوص عليها بالمادة (٩٠) من الدستور المشار إليها، فلا يستقيم للمواطن من وطنين في قلبه يستويان لديه، فالجنسية المصرية المتطلبة كشرط للترشيح لعضوية مجلس الشعب لا تحتمل شركة مع غيرها ولا تقبل معها في القلب والنفس مزاحماً ولا منافساً أو شريكاً»[2]. هذا استدلال منطقي خرّجت المحكمة على هداه، قاعدة قانونية تمنع مزدوج الجنسية من الترشح لعضوية مجلس الشعب.

٢٢٦/ ٤ ـ هذه القاعدة القانونية أمكن استخلاصها، أيضاً، من مقتضى أحكام القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب. فقد استلزم المشرع في المادة (٥) منه «فيمن يرشح نفسه لعضوية مجلس الشعب، أن يكون مصري الجنسية من أب مصري، فإنه لم يكتف بحيازة الشخص للجنسية المصرية، وإنما تطلب فضلاً عن ذلك

---

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٦٤٨ لسنة ٤٧ق.، جلسة ٦/١١/٢٠٠٠.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٢٥٩ لسنة ٤٧ق.، جلسة ٢٧/١٠/٢٠٠٠.

أن يكون من أب مصري. وفي ذلك دلالة ينبغي استيعابها، تتحصل في أن المشرع يتطلب فيمن يُرشح نفسه للنيابة عن الشعب المصري، أن يكون انتماؤه عميق الجذور في تربة الوطن، مهموماً بمشاكله وقضاياه، حاملاً لها دائماً في عقله وقلبه حتى ولو رحل إلى آخر الدنيا، عاملاً بيده وعقله وقلبه ولسانه، على أن يكون وطنه أول أمم الأرض عزة ورفعة وتقدماً، غير مشرك في ولائه ـ قانوناً ـ لمصر أي وطن آخر حتى ولو كان، في الفرض الجدلي، أكثر منها تقدماً سياسياً أو اقتصادياً أو اجتماعياً. وحيازة الشخص لجنسية أخرى غير الجنسية المصرية، معناه أن الولاء المطلق والكامل والواجب من قبله لمصر قد انشطر إلى ولاءين أحدهما لمصر وثانيهما لوطن أجنبي آخر. وإذا تعدد الولاء لمصر وغيرها فقد تراجعت كل المعاني السابقة التي أراد المشرع المصري بالنص المذكور بلوغها، لأن الولاء الكامل لمصر ولشعبها وآمالها وترابها يُعتبر منقوصاً إذا قسمناه على مصر وعلى غيرها من الأوطان. والنيابة عن الشعب تتطلب ولاءً كاملاً لمصر، خاصة وأن مهمة مجلس الشعب طبقاً للمادة (٨٦) من الدستور، هي تولي سلطة التشريع وإقرار السياسة العامة للدولة وممارسة الرقابة على السلطة التنفيذية»[1].

٥/٢٢٦ ـ الأمر المستفاد منه تحليلاً، أن المحكمة الإدارية العليا، وقد أعملت المنهج الاستدلالي، استبان لها من جماع أحكام نصي المادة (٩٠) من الدستور والمادة (٥) من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب، أن المشرع استلزم ـ باعتباره شرط صلاحية ـ فيمن ينوب عن الجماعة المصرية، أن يكون خالص المصرية، فأكده بتقرير مصريته المتأصلة والتي عبر عنها بأن يكون المرشح مصرياً لأب مصري ـ أي لم يكتف بمصريته هو فحسب ـ ولا مراء في أن مثل ذلك الاشتراط، إنما له ما له من دلالة، في إفادة وجوب كون مصرية المرشح مرسخة أصيلة، لأنها مناط تحقق معاني الوطنية المتعين توافرها فيمن ينوب عن الجماعة المصرية، على ما عبرت عنه المحكمة آنفاً. فإذا كان ذلك، وكان القسم الذي يقسمه عضو مجلس الشعب قبل مباشرته لعضويته، قوامه محافظته مخلصاً على سلامة الوطن ومراعاة مصالح الشعب، فلا مندوحة ـ والحال هذه ـ من التسليم بأن المشرع إنما يتطلب لصلاحية تولي الشخص شرف هذه الولاية العامة، أن تنتفي عنه أيّ من موانع خلوص مصريته، وأن تتطهر روحه وانتماءاته من كل شائبة تؤثر في هذا الخلوص الوطني، فإذا ما ترآءى منها ما يوصم هذا الإخلاص، إنهار مناط الصلاحية للترشح، فما عاد أهلاً لتولي الولاية العامة. ومن ثم ولما كان تمتع الفرد بجنسية أجنبية أخرى إلى جوار جنسيته المصرية، مما يفيد، منطقاً، تعدداً في الولاء ومزاحمة في الانتماء ما بين الوطن المصري والوطن الأجنبي،

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٩٦٠ لسنة ٤٧ق.، جلسة ٦/١١/٢٠٠٠.

انبلجت عن هذا الشخص قرائن النقاء الوطني المصري الخالص، وسقط عنه مناط أهلية تولي الولاية العامة، فما عاد صالحاً لأن يتمتع بشرف تمثيل الجماعة المصرية أوالنيابة عنها في أدق أوجه حياتهم السياسية والاقتصادية والاجتماعية. خاصة، أن مما يؤكد ذلك، في الدلالة على أن ازدواج الجنسية إنما هو في حقيقة ازدواج ولاء وانتماء، يُخل بالتفرد الانتمائي المصري المتطلب فيمن يتولى الولاية العامة، أن من العلم العام، أنه من موجبات اكتساب الجنسية ـ أياً ما تكون هذه الجنسية ـ قيام المتجنس بأداء قسم الولاء لدولة الجنسية الجديدة، مما يضعنا أمام صراحة الولاءين، اللذين يتعذر معهما في التصور القانوني، أن يتمكن حائز الولاءين هذا، من الاضطلاع بكافة موجبات الولاية العامة، بما تتطلبه من ذوبان كامل في ولاء وحيد ومتفرد للجماعة والدولة التي يتولى شأناً من شؤونها، ما يستحيل معه على مزدوج الجنسية أن يكون عضواً بمجلس الشعب المصري، وأن يحافظ على سلامة الوطن المصري، وأن يراعي صالح الشعب المصري، إذ سوف يظل دوماً متنازعاً ما بين الصالحين، الصالح المصري والصالح الأجنبي المتجنس بجنسية دولته. الأمر الذي يدق، إذا ما عرض عليه وإبان توليه عضوية مجلس الشعب، شأن هو مما تتداخل وتتشابك فيه، صوالح الشعب المصري وصوالح شعب دولته الأخرى المتجنس بجنسيتها، فإلى أي من الصالحين سوف يتشيع. هذه هي المعاني التي تفيدها بحكم اللزوم المنطقي، عبارات القسم الواردة بالمادة (٩٠) من الدستور، فالقسم «يجب أن يفهم على حقيقته، فهو ليس طقساً من الطقوس، فارغ المضمون، وإنما هو بحق عميق الدلالة ويرتب بذاته التزامات ويفترض توافر شروط موضوعية فيمن يكون له حق عضوية مجلس الشعب، أولاها وأهمها تفرد الولاء لمصر، الأمر الذي يزعزع منه توافر جنسية أخرى للفرد، إذ، على نحو ما سبق البيان، أن الجنسية رابطة ولاء وواجب وحماية من قبل الدولة المنتمي إليها الشخص بجنسيته. ومن بديهيات أصول التفسير أن يكون للألفاظ معنىً، ولا نعني بعبارة القسم المشار إليها، إلا معنىً واحداً لا يحتمل غيره وهو خالص الولاء للوطن، ولا يكون الولاء خالصاً إلا إذا كان متفرداً»[1].

٦/٢٢٦ ـ ومما زاد عقيدة المحكمة الإدارية العليا، اطمئناناً لما انتهت إليه، ما أفادته أحكام عديد من القوانين المنظمة لشؤون تولي بعض الوظائف الهامة، كقانون الخدمة العسكرية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ الذي نص على أن يستثنى من تطبيق حكم فرض الخدمة العسكرية على كل مصري من الذكور أتم الثامنة عشرة من عمره، الفئات التي يصدر بقواعد وشروط استثنائها قرار من وزير الدفاع طبقاً لمقتضيات المصلحة العامة أو أمن الدولة، «وإذ أدرك السيد وزير الدفاع حساسية موضوع ازدواج الجنسية

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٦٤٨ لسنة ٤٧ق.، جلسة ٦/١١/٢٠٠٠.

بالنسبة للتجنيد في القوات المسلحة المصرية، فعالجه على نحو يحفظ مصالح مصر ولا يعرض أمنها للخطر. فقد أصدر القرار رقم ٢٨٠ لسنة ١٩٨٦ بشأن قواعد وشروط الاستثناء من أداء الخدمة العسكرية والوطنية، ونص في المادة الأولى على أن: «تضاف للمادة (١) من قرار وزير الدفاع والإنتاج الحربي رقم ١١٥ لسنة ١٩٨١ المشار إليه فقرة جديدة (د) نصها كالآتي: «المصريون المقيمون في دولة أجنبية الذين اكتسبوا جنسية هذه الدولة مع احتفاظهم بجنسيتهم المصرية. ويزول هذا الاستثناء في حالة فقد الفرد لجنسيته الأجنبية». وإذا كان القرار المذكور قد استثنى المصري مزدوج الجنسية من أداء الخدمة العسكرية جندياً في القوات المسلحة. وإذا كان هذا هو الشأن بالنسبة للجندي، فإن ذلك يكشف عن وجوب انسحاب هذا الحكم ـ من باب أولى ـ على مرشحي مجلس الشعب مزدوجي الجنسية الذين يتولون سلطة التشريع ويقرون السياسة العامة للدولة والخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والموازنة العامة للدولة والرقابة على أعمال السلطة التنفيذية. فإذا كانت المهمة التي يقوم بها الجندي جليلة ومقدسة وحساسة باعتبارها كذلك حسب وصفها الوارد بنص المادة (٥٨) من الدستور، فإن مهمة عضو مجلس الشعب على ذات القدر من القداسة. ذلك أنه إذا كانت المادة (٥٨) من الدستور المشار إليها تنص على أن «الدفاع عن الوطن وأرضه واجب مقدس. والتجنيد إجباري وفقاً للقانون»، فإن عضوية مجلس الشعب مما يشملها الواجب المقدس المفروض أن يتصدى له عضو المجلس دفاعاً على سلامة الوطن في اضطلاعه بمهامه المتعلقة بإدارة العلاقات الدولية لمصر إعمالاً لحكم المادة (١٥١) من الدستور»[1]. تلك البداهة الدستورية التي ما فتئ المشرع أن أكدها في غير نص قانوني إذ أن «قوانين بعض الجهات تشترط فيمن يُعين فيها أو يستمر في العمل بها ألا يكون متزوجاً من أجنبية مثل قانون السلك الدبلوماسي والقنصلي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٢ الذي ينص في المادة (٥/٢) على أنه «يشترط فيمن يُعين في إحدى وظائف السلك: ١ ـ . . ، ٢ ـ . . ألا يكون متزوجاً من غير مصري. . ». والقانون رقم ٢٣٢ لسنة ١٩٥٩ في شأن شروط الخدمة والترقية لضباط القوات المسلحة الذي ينص في المادة (١٠٨) منه على أنه «لا يجوز للضابط الزواج من أجنبية. . . ». وإذا كانت الجهات السابقة تحظر أن ينتمي إليها أو يستمر في الانتماء إليها من يكون نصفه مصرياً ونصفه الآخر أجنبياً بالزواج من أجنبية. فإنه يتعين أن يمتد هذا الحكم إلى من كان نصفه مصرياً والنصف الآخر أجنبياً بسبب التجنس، ويريد أن ينتسب إلى هيئة نيابية. ذلك أنه إذا كان العمل في السلك الدبلوماسي والقوات المسلحة أمراً شديد الحساسية بحيث يحظر على من يتزوج أجنبية ممارسته، فإن مهام عضو الهيئة النيابية لا تقل حساسية، وبالتالي يتعين

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٦٤٨ لسنة ٤٧ق.، جلسة ٦/١١/٢٠٠٠.

القول كذلك بحظر الترشيح لعضوية مجلس الشعب على من يجمع مع جنسيته المصرية جنسية أجنبية، كل ذلك بالإضافة إلى الإشارة الواجبة، دون خوض في تفاصيل، لمتطلبات العمل بأجهزة الأمن القومي التي تقوم حارسة على أمن مصر وعلى أمان المواطنين، والتي تستلزم اشتراطات خاصة فيمن يشرف بالانتماء إليها، منها وأولها الولاء الخالص لمصر بلا منازعة أو منافسة أو شراكة»[1]. نهج استقرائي، تمكنت به المحكمة من استظهار عديد من أحكام التوظف الخاصة ببعض من الوظائف ذات الولاية العامة، وذات الطبيعة المخصوصة، بحكم حساسيتها وقدسية واجبها، لتستخلص حكماً عاماً مفاده التأكيد على عدم جواز الجمع بين الجنسية المصرية وأي جنسية أجنبية أخرى، فيمن يتولى بعض من وظائف الولاية العامة، ذات القدر من الحساسية التي تتأبى مع فرض الولاء القانوني لغير مصر. وعليه، فإزاء صحيح ما استخلصته المحكمة الإدارية العليا، انتهت إلى أن ثمة شرط صلاحية لتولي عضوية مجلس الشعب، ألا وهو تطلب الجنسية المصرية المتفردة في العضو، وهو شرط ابتداء وبقاء، أي أنه شرط يتعين توافره ابتداء فيمن يرشح لخوض الانتخابات المقررة لاكتساب عضوية مجلس الشعب، وهو شرط صلاحية لاستمراره عضواً كون فقده إبان عضوية العضو، مهما استطالت هذه العضوية، إنما يعني سقوطها عنه لانتفاء أحد شروط الصلاحية.

٢٢٦/٧ ـ هذا الذي انتهت إليه المحكمة، تتعذر المحاجة في صحته بمقولة انتهاكه لقاعدة المساواة المقررة للمصريين جميعاً، المنصوص عليها بالمادة (٤٠) من الدستور، ذلك أنه «فضلاً عن أنه من المُسلم أن المساواة تفترض تطابقاً في المراكز القانونية، فإنه لا تجوز المحاجة بذلك في شأن الأمر المعروض على هذه المحكمة، إذ أن تطلب شرط الجنسية المصرية المتفردة مستمدة من أحكام الدستور ذاتها، وبالتالي فلا يمكن أن يدعي بأن في ذلك إخلالاً بقاعدة المساواة التي نص عليها ذات الدستور، إذ يتعين دائماً تطبيق نصوص الدستور على نحو ما يحقق التناسق والانسجام بينها وهو ما فتئت المحكمة الدستورية العليا على تأكيده في قضاءٍ مستقر لها. ويكون ما يتطلب دستوراً من شرط يتعلق بتفرد الجنسية المصرية فيمن يجوز له اكتساب عضوية مجلس الشعب، غير متصادم مع القاعدة الأصولية التي تقضي بالمساواة بين المصريين، ذلك أن المركز القانوني للمصري الذي يرتبط، في ذات الوقت، بجنسية دولة أخرى لا يتماثل، في الواقع القانوني المجرد، مع غيره ممن يتفردون بجنسية مصر. وترتيباً على ذلك فإنه يتعين دائماً في تفسير ما قد يرد بأي تشريع، لا يرقى إلى مرتبة الدستور، من معاملة المصري الذي يرتبط بجنسية أخرى فضلاً عن جنسيته المصرية معاملة المصري، ألا

---

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٩٦٠ لسنة ٤٧ق.، جلسة ٢٠٠٠/١١/٦.

يخل ذلك بحكم دستوري قطعي الدلالة يجد له، في الواقع القانوني، تطبيقاً مباشراً. والحكم الدستوري القائم على مفاد عبارات القسم ـ بينة المضمون وواضحة الدلالة ـ ينصرف إلى الحق في عضوية المجلس النيابي، ذلك الحكم الذي إن هو إلا محض تطبيق للقواعد العامة التي تحكم صحة أعمال الوكيل أو النائب، وهو حال عضو المجلس النيابي الذي يمثل شعباً بأسره، تلك القواعد العامة التي تستلزم عدم قيام شبهة تعارض في المصالح في حق الوكيل أو النائب. ولذلك جميعه فإن الشرط الدستوري المستفاد صراحة من حكم المادة (٩٠) من الدستور لا يمكن أن يكون متعارضاً أو متصادماً مع حكم المادة (٤٠) من ذات الدستور التي تنص على القاعدة العامة في المساواة بين المواطنين»[1]. ما يتبين معه أنه ليس ثمة مركز قانوني واحد، يتهيأ فيه كافة المواطنين، فتتقرر في مواجهتهم جميعاً ذات الأحكام القانونية وعين الحقوق والواجبات، وإنما ثمة مراكز قانونية متعددة ومتباينة، تحدد المشروعية أطرها وشروط شغلها، وعلى هذه المراكز جميعاً يتوزع المواطنون، كل بالمركز القانوني الذي تهيأت له شروط شغله. فإذا كان وفق وضوح مفاد نصوص الدستور على ما تقدم، يلزم لاكتساب عضوية مجلس الشعب، تفرد المرشح بالجنسية المصرية وحدها، غدا جلياً أن ثمة مركزاً قانونياً للوطني متفرد الجنسية المصرية مباين للمركز القانوني للوطني مزدوج الجنسية، وصار الترشيح لعضوية مجلس الشعب وفق شرائطه المقررة دستوراً وقانوناً، غير منطبق سوى على مركز الوطني متفرد الجنسية وحده. ما أكدته المحكمة الإدارية العليا، ثانية، في أحد أحكامها التالية، وهي بصدد مناقشة مدى مخالفة هذا المتوصل إليه والاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٦/ ١٢/ ١٩٦٦ ووقعت عليها جمهورية مصر العربية في ٤/ ٨/ ١٩٦٧ ووافق عليها رئيس الجمهورية بقراره رقم ٥٣٦ لسنة ١٩٨١في ١/ ١٠/ ١٩٨١ مصدقاً عليها في ٨/ ١٢/ ١٩٨١ حيث تم نشرها بالجريدة الرسمية وعمل بها اعتباراً من ١٤/ ٤/ ١٩٨٢. فتلك الاتفاقية التي تعهدت بمقتضاها كل دولة طرف باحترام وتأمين الحقوق المقررة بها لكافة الأفراد ضمن إقليمها والخاضعين لولايتها دون تمييز من أي نوع، مقررة حق كل مواطن دون تمييز ودون قيود غير معقولة في أن ينتخب وأن يُنتخب في انتخابات دورية أصلية وعامة وعلى أساس من المساواة، حيث تشير المحكمة في معرض مناقشة الأمر، إلى أنه طبقاً لنصوص هذه الاتفاقية، «فإن من حق المواطن، أن ينتخب ويُنتخب، أي يمارس حقي الانتخاب والترشيح، دون تمييز بين المواطنين ودون قيود غير معقولة. وعدم التمييز بين المواطنين في مفهوم الاتفاقية رهين بلا شك بوحدة مراكزهم القانونية، بحيث إنه إذا اختلفت هذه المراكز القانونية جاز التمييز، إذ لا

---

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٩٦٠ لسنة ٤٧ق.، جلسة ٦/ ١١/ ٢٠٠٠.

مساواة بين غير المتساويين في المراكز القانونية. أنه إذا كان المواطن متعدد الولاء يختلف في مركزه القانوني عن المواطن متفرد الولاء، فقد صار التمييز بينهما في حق الترشيح جائزاً قانوناً وغير متعارض مع الاتفاقية المذكورة. بل أن الاتفاقية المذكورة مع كفالتها للمواطنين دون تمييز، الحق في ممارسة الحقوق السياسية ـ ومنها حق الترشيح بالطبع ـ أجازت إيراد قيود معقولة على ممارسة هذه الحقوق ما دامت تستلزمها مقتضيات المصلحة العامة. ولا شك أن من القيود المعقولة، القيد الذي يحظر على المواطن الذي يحمل بجانب جنسية بلده الأصلية جنسية بلد آخر، الترشيح لعضوية المجلس النيابي للبلد الأصلي. إن الاتفاقية المذكورة لا تستلزم في مجال حق الترشيح التسوية التامة بين المواطنين، بل إنها تبيح فرض قيود على حق الترشيح ما دامت المصلحة العامة هي الباعث على فرض هذه القيود، ما دامت هذه القيود معقولة. ولا شك أن ولاء متعدد الجنسية القانوني لأكثر من دولة هو الذي يبرر القيد، المتمثل في حظر ترشيحه لعضوية المجلس النيابي وهو الذي يجعل منه قيداً معقولاً. وإذا كانت المحكمة في هذا الحكم قد فرقت بين المواطن المصري متفرد الولاء والمواطن المصري متعدد الولاء، وأباحت للأول دون الثاني الترشيح لعضوية مجلس الشعب المصري، على أساس أن مركزها القانوني مختلف، وعلى سند من مقتضيات المصلحة العامة فإن حكمها لا يكون متعارضاً مع الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية»[1]. وعليه، وعلى أصل من هذا الفهم، تندحض الدعاوى كافة التي يمكن المحاجة بها، للنيل من صحة ورسوخ ثبوت قاعدة استعصاء عضوية مجلس الشعب على مزدوج الجنسية، ولا يكون من سبيل لإجراء مقارنة ما بين مزدوج الجنسية وغيره من متفرديها، لاختلاف المركز القانوني لكل منهما، ولا مقارنة بين مركزين مختلفين، عينت أصول الشرعية إطار كل منهما ورسمت حدوده وقررت تفصيله. ومما يدعم هذا الاتجاه، أننا وفي خصوص عضوية مجلس الشعب، لا نبحث في شروط تتعلق بأهلية على النفس وإنما نتحدث عن شروط تتعلق بولاية العامة، وفارق هائل بين الأهلية على النفس والولاية العامة. ذاك أنه، إذا كانت الأهلية على نفس، هي صلاحية الفرد للاضطلاع بكل ما يخصه، فيأتي ما يشاء من التصرفات ويرتكب ما يريد من الأفعال، غير محدود إلا بالنذر اليسير المقرر قانوناً منعه، فمن ثم تغدو شروط الأهلية على النفس شروطاً معينة حصراً، وما لم يرد به نص صريح يقرره بحسبه شرطاً، لا يصح أن يقيد الأهلية على نفس فتكون على الاباحة. أما في حال الولاية العامة، فالأمر جد هائل الاختلاف، إذ الولاية العامة، إن هي إلا ولاية إمضاء القول على الغير، فإذا كان «الشأن العام هو شأن الجماعة، مصالحَ وأوضاعاً ومقاصدَ منشودة،

---

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعنان رقما ٥٣٢٩، و٥٣٤٤ لسنة ٤٧ق.، جلسة ٢٧/٨/٢٠٠١.

والجماعة تشخصها الدولة وتقوم عليها من الناحية المؤسسية التنظيمية، والدولة التي يدرسها القانون الدولي العام بوصفها شعباً على إقليم عليه حكومة، هذه الدولة يرسم الدستور كيانها التنظيمي العام، وهي لا تتشكل من هيئة واحدة ولكنها تتكون من الناحية التنظيمية من هيئات كبرى تتوزع عليها مراحل تشكل العمل العام، وذلك بما عرف من سلطات التنفيذ والتشريع والقضاء، وهي مع تشكلها بالتنسيق بين هذه الجهات، فهو تنسيق يحفظ قدراً من التوازن لا يمكّن إحداها من استيعاب مكنة القيام وحدها بالعمل العام. فالدولة كتنظيم مشخص للجماعة يستمد من هذا التشخيص مبرر قيامه ويستمد منه شرعية نفاذ القول على الغير، بشأن أوضاع الجماعة حفظاً وضبطاً وتسييراً وتنمية في كل المجالات، هذه الدولة تقوم على مفهوم النيابة عن الجماعة والتمثيل لها»[1]. وإذا كان ذلك كذلك، غدا المتصرف بالشأن العام، أي متوليه، ليس سوى مفوضٍ بذلك لا أصيل عن نفسه ولا صاحب شأن بذاته، أكان هيئة أم مجلساً أم فرداً، فحدود قوامته على الشأن العام إنما تتقرر، ابتداءً وانتهاءً، بموجب وصف تمثيلي وصفة تفويضية أتته من مستند عام دستوراً كان أم قانوناً أم لائحة أم قراراً فردياً، وهو ما يعبر عنه بالاختصاص في مجال القانون العام. أي أنه يتعين كي يصح تصرف صاحب الولاية العامة في شأن من الشؤون العامة، أن يكون له ابتداء صفة تمثيلية تمنحه سلطة على هذا الشأن العام، وأن تكون له أيضاً صفة تفويضية تخصه بهذا التصرف دوناً عن غيره. هذه الطبيعة المخصوصة للولاية العامة، تجعل «الأصل المرجوع إليه بشأنها إذا لم يوجد مستند شرعي، الأصل ساعتها هو المنع»[2]. ما مفاده أن ما يتقرر من شروط لتولي أي من وظائف الولاية العامة هي شروطاً جدية لا محيص عنها، في شأن التولي، ويكون الأصل المرجوع إليه، حال الخلو من نص، هو المنع. وعليه، ففي شأن تولي مزدوج الجنسية عضوية مجلس الشعب، وبالفرض الجدلي بعدم وجود نص أو قاعدة تفيد حكماً، يغدو الأمر محمولاً على المنع لا على الإباحة، وذلك بحكم الطبيعة المخصوصة لشأن الولاية العامة.

والحال أن ما كشفت عنه المحكمة الإدارية العليا، من أن ثمة قاعدة قانونية تمنع عضوية مجلس الشعب عن مزدوجي الجنسية، إنما هي بالأساس قاعدة دستورية، أفادها نص المادة (٩٠) من الدستور. كما أكدتها طرق الاستدلال المنهجي من استنباط واستقراء، تلك التي أعملتها المحكمة في نصوص القانون مما أدى بنهاية الاجتهاد إلى استواء نتيجته متفقة مع الأصل المرجوع إليه عند خلو النصوص من أحكام، وهو

---

(١) الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، فتوى رقم ١٦٠ ـ ملف رقم ٥٤/١/ ٣٣٩، جلسة ١٨/١٢/١٩٦٦.

(٢) ذات الفتوى السابقة.

المنع. الأمر الذي يستلزم إزاء صراحة الحكم المتوصل إليه، سن نصٍ صريح يفيد صراحة الإباحة.

٢٢٧ ـ قضاء المشروعية استظهر في شأن ازدواج الجنسية قاعدة نظام عام: وبذلك تنجلى قاعدة قانونية لا مشاحة في أنها من قواعد النظام العام، تلك القاعدة تحظر على مزدوج الجنسية عضوية مجلس الشعب، حاظرة أيضاً مقتضيات تلك العضوية من حق في الترشيح للانتخابات المقررة لتلك العضوية. هذه القاعدة تتساند على قدمين، أولهما، يقف في المستوى الارتكازي القاعدي لهيكل مفهوم النظام العام، حيث تجد منابعها في أصول الانتماء الجمعي المتفرد للجماعة، التي تستعصي على تقبل أي انتماء آخر، فيمن يعهد إليه بولاية تمثيل تلك الجماعة. كما تقف بالقدم الأخرى في المستوى الفوقي، حيث إعمال مقتضى نص المادة (٩٠) من الدستور إنما تستلزم فيمن يتولى شأن التمثيل النيابي ـ عضواً بأحد المؤسسات الدولة الرسمية القائمة على الوظيفة التشريعية ـ أن يكون خالص الولاء ـ ولو قانوناً ـ للوطن مصر، كي يحافظ مخلصاً على سلامته مراعياً بذات الإخلاص صالح الشعب المصري، وهو ما يتأبى على غير المصري متفرد الجنسية، على ما تقدم مما قررته المحكمة الإدارية العليا.

١/٢٢٧ ـ بذلك نكون بصدد قاعدة نظام عام، هي من حيث الأصل تنتمي إلى كل من المستويين، الارتكازي القاعدي كونها من أخص عناصر المكون الضروري للجماعة لاعتبارات وجودها، والفوقي كونها من أخص عناصر المكون الضروري للدولة من وجهة الاعتبارات المتعلقة بشروط تولي أي من وظائف الولاية العامة، تلك الوظائف التي تُعد من صميم عمل مؤسسات الدولة التي تتهيأ على أصولها كيان الدولة ذاته. وهذه القاعدة ليست بالنص التشريعي الصريح، وإنما هي حكم كلي يفيده التقبل الجمعي من جانب، والوثيقة الدستورية التي يتشكل على هداها الكيان المؤسسي للدولة من جانب آخر.

المبحث الثاني

فكرة النظام العام في مجال تنازع القوانين

٢٢٨ ـ تمهيد: كان لفكرة النظام العام وقع كبير على أحوال النظام القانوني الوضعي، لما قامت به من دور غير منكور فيما قدمته من حلول لأزمات كان من المحتمل أن يؤدي تفاقمها إلى توقف تطور المنظومة القانونية الوضعية، بل وتعرضها بأسرها لاهتزاز شديد. دور ما فتئت هذه الفكرة تؤديه على صعيد القانون الدولي الخاص أيضاً، بل كان لها سبق في هذا الفرع تحديداً على باقي فروع القانون الأخرى، بما ظهر لها من أثر في نظريات تنازع القوانين منذ القرن الثالث عشر، وللدور الذي باتت تلعبه كصمام أمن للتصورات الحديثة لمنهج التنازع. بيد أن الملاحظ أن مفهوم فكرة النظام العام بهذا الفرع الدقيق من أفرع القانون، غير متحقق انحصاراً في وجودها الدلالي بمسماها الدفعي المقرر تقليدياً بمنهج التنازع فحسب، إذ يتعادل مفهوم هذه الفكرة بهذا الفرع موضوعيـاً مع مفهومها الكلي بالنظام القانوني، باجتماع مدلولها الدفعي ذاك مع مدلول القواعد ذات التطبيق الضروري وفق منهج التنازع[١]. الأمر الذي نتناوله منهجاً بعرض موجز لمرتكزات التصور الكلي لفكرة النظام العام المتوصل إليها ببحثنا المتقدم، ثم نتناول مدلولها التقليدي بمنهج التنازع، ومدلولات الأفكار الأخرى الحديثة نسبياً، التي غدت مكملاً لهذا المنهج بفرع القانون الدولي الخاص، وتحديداً مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري، في محاولة لإعادة توزيع هذين المفهومين على الهيكل المفهومي لفكرة النظام العام بتصورنا المتقدم، تحريراً للأمر قبل العرض لتطبيقات مفهوم النظام العام بالقانون الدولي الخاص في الأحكام القضائية.

٢٢٩ ـ المفهوم الكلي للنظام العام[٢]: استوى بنا التحليل الموضوعي لآليات انفعال فكرة النظام العام، وذلك في ظل مناحيها القصدية والمهام الموكلة إليها، على أن قواعد النظام العام هي بالأساس أوضاع تكليف اقتضائي، تنفعل في مواجهة

---

(١) والحاصل أن الفقه يكاد يطلق على القواعد ذات التطبيق الضروري اصطلاح «النظام العام التوجيهي أو الوقائي» حال يصطلح لديه المفهوم المقرر بمنهج التنازع «النظام العام الحمائي أو الاستبعادي ذي الوظيفة الحمائية» ـ انظر: د/ عكاشة محمد عبد العال ـ تنازع القوانين دراسة مقارنة ـ دار المطبوعات الجامعية ـ طبعة ٢٠٠٢ ـ ص٤٦٧. وكذلك: د/ أحمد عبد الكريم سلامة ـ علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع ـ مكتبة الجلاء الجديدة ـ الطبعة الأولى ـ ص٥٨٣.

(٢) انظر: الفصل الأول من الباب الأول على التفصيل.

الإرادة[1]، حيث تتحيز ساحة انفعالها في مجال التصرفات القانونية بمدلولها الذي تواضعنا عليه في حينه[2]، حتى غدا أثر هذا الانفعال تقييداً للإرادة من جهة، وترتيباً للبطلان جزاءً للتصرف الذي لا تنصاع الارادة إزاءه لموجبات قواعد النظام العام وضروراته من جهة أخرى. بمفاد كون النظام العام، إنما هو تحيز الإرادة وهي بساحة التصرف القانوني بأطر قواعد تلك الفكرة، ضابطاً لعقال جموحها، فإذا ما تفلتت من هذا العقل، استوى البطلان جزاءً، وانعدم كل أثر للإرادة من وراء تصرفها الذي أضحى والعدم سواء.

١/٢٢٩ ـ كان ذلك على مستوى التحليل الداخلي لانفعال قواعد النظام العام، الأمر الذي أسلمنا في خطوة لاحقة، إلى محاولة وضع تصور هيكلي لمفهوم فكرة النظام العام، تتوزع قواعد النظام العام عليه، فضلاً عن المعايير التي بسندها يتم تسكين كل قاعدة بهذا الهيكل. فتبين أن ليس ثمة أفضل من تبني ضابطاً معيارياً يتأسس على أصل معياري مصدري من حيث القوى الفاعلة التي تقف خلف كل قاعدة. وباستقراء أوضاع تلك القوى داخل المجتمع الإنساني، كشف الأمر عن اجتماعها في ثلاث قوى، اثنتين خالدتين لا قيام للاجتماع البشري دونهما هما الفرد والجماعة، وثالثها حديثة نسبياً هي الدولة المشخص السياسي التنظيمي للجماعة العامة. ما استبان معه، وللاعتبارات التاريخية ذات الدلالة الموضوعية، أن الهيكل المفهومي لفكرة النظام العام، هو المكون من مستويات مترتبة، يتألف مستواه القاعدي من عناصر المكون الضروري للفرد والجماعة، وهو ما اصطلح لدينا على تسميته «المستوى الارتكازي القاعدي»، الذي هو بهذه الكيفية ينطوي على كافة أصول وكليات الوجود اللازم ضرورة لكلا الفرد والجماعة، اللذين لا حياة لهما أو استقرار حال غياب أي من هذه الأصول والكليات. حال استوت الدولة بالمستوى التالي بأصول مكونها الضروري، لحداثة ظهورها التاريخي على مشهد الاجتماع البشري، المستوى الذي اصطلحنا على تسميته «المستوى الفوقي»، المنطوي على كافة القواعد المقررة لأصول الدولة ونظمها السائدة وأوضاع علاقاتها سواء الداخلية والخارجية على التفصيل المبين قبل. وأخيراً استقر المستوى الثالث ضاماً قواعد النظام العام الفرعية كافة ذات الارتباط الوثيق بأي من الكليات والأصول التي تستقر عليها هذه القوى الثلاث، التي تسكن قواعدها بأي من

(١) الإرادة التي نعنيها لا تنحصر مفهوماً في الإرادة الفردية فحسب وإنما تمتد لتشمل الإرادات كافة، من اعتبارية خاصة إلى اعتبارية عامة ومن إرادات جمعية إلى إرادات مؤسسية.

(٢) هذه التصرفات يتسع مفهومها فيتجاوز إطارها المعين في نطاق القانون الخاص إلى غيرها من التصرفات التي تنتظمها القوانين الأخرى، كتصرفات الجهة الإدارية من قرارات وعقود إدارية، وتصرفات السلطة التشريعية الممثلة فيما تسنه من قوانين.

المستويين الارتكازي والفوقي، بحيث تضحى هذه القواعد الفرعية بمثابة القواعد التطبيقية التفصيلية للقواعد الأساس التي تستقيم على هداها حياة القوى الثلاث المتقدمة.

٢٢٩/٢ ـ وكان من شأن ما تقدم وللأصل المعياري المصدري المتبنى ضابطاً لتصنيف قواعد النظام العام، أن تهيأت المستويات الثلاث على نحو متراتب، كل منها يفترض نظرياً تقييده لما يليه، ليستقر في الصدارة منها المستوى الارتكازي ضابطاً للمستويين الآخرين، ثم يتلـوه المستوى الفوقي فالمستوى الفرعي. بيد أنه ولظروف تُعزى إلى اعتبارات سياسية تخص القوة الفعلية لا النظرية المفترضة، للقوى الثلاث المذكورة، حصل اختلال في التركيب المتراتب لهيكل مفهوم النظام العام، فصار للمستوى الفوقي هيمنة على المستوى الارتكازي، عاكساً بذلك وضع هيمنت فيه الدولة على الجماعة والفرد، وضع وان كان ما يزال قائماً، إلا أنه ولضرورات استشعرتها الدولة تتعلق بالاستقرار الداخلي، أخذت في العمل على الاستجابة لموجباته بمحاولة التوفيق بين ضروراتها وضرورات كل من الجماعة والفرد. وكان للقضاء بولاياته المتعددة ـ دستوري وإداري وعادي ـ دور مهم في هذا المضمار، بما أخذه على كاهله من اضطلاع بمهمة التوفيق بين قواعد المستوى الفوقي وقواعد المستوى الارتكازي، حتى إذا ما ضاق الأمر بالغاً حد الاستحالة، ألغى القاعدة الفوقية لصالح القاعدة الارتكازية. كما يعزى إليه فضلاً عن ذلك، فضل الكشف عن القواعد الارتكازية، تلك القواعد التي هي بحكم طبيعتها غير مدونة، خلافاً للقواعد الفوقية. ولعل من المجالات القانونية بالغة الدلالة على التوفيق الذي حاولته الدولة، بين نظمها والكليات الجمعية، كان الأحوال الشخصية، ذاك المجال الذي وإن لم تتخل الدولة عن ادعائها بحقها في التشريع بساحته، إلا أنها ردته كاملاً للأحكام الدينية والعقدية. فصار الإطار المرجعي الوحيد لكافة ما يحكم ذاك المجال، هو الشرائع الدينية وما تقرره من أحكام بهذا الخصوص. وهو نزوع لا ريب في أنه رد الأمر إلى أصل عهده، لانتساب تلك الإطر الجمعية إلى المستوى الارتكازي على نحو مباشر، كون الإطار العقدي إنما يمثل أصل الهوية الجمعية وركيزة الذاتية الفردية.

وعليه فسوف يتمحور نطاق الدراسة في هذه الجزئية، حول التعيين المبتدأ لمفهوم تنازع القوانين ومنهجه وحدود علاقة ذاك المنهج بفكرة النظام العام. ثم نعرض لمفهومي النظام العام بفقه القانون الدولي الخاص، النظام العام الوقائي والآخر الحمائي، وحدود العلاقة بينهما. على أن نعرض بالنهاية إلى المفهوم الكلي للنظام العام في القانون الدولي الخاص الضام لجنباته كلا المفهومين، الوقائي والحمائي، وذلك في ضوء قضاء الأحوال الشخصية ذو العنصر الأجنبي. لذا ينقسم المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: منهج تنازع القوانين.

المطلب الثاني: علاقة فكرة النظام العام بمنهج تنازع القوانين.

المطلب الثالث: النظام العام الوقائي «القواعد ذات التطبيق الضروري».

المطلب الرابع: النظام العام الاستبعادي الحمائي «مفهوم الدفع بالنظام العام».

المطلب الخامس: المفهوم الكلي للنظام العام في فقه القانون الدولي الخاص في ضوء قضاء الأحوال الشخصية.

المطلب الأول

منهج تنازع القوانين

(نشأته، وتعريفه، وتطوره)

٢٣٠ ـ يدق الأمر في الأحوال التي تنطوي فيها العلاقة القانونية على أكثر من عنصر أجنبي، بما يستدعيه ذلك من تشابك العلاقة وتوزعها على أكثر من نظام قانوني، ومن ثم اتصالها بأكثر من نظام عام. فكل عنصر من هذه العناصر يقدم إلي العلاقة محملاً بقواعد النظام العام الخاصة بقانون دولته، مما قد يفترض ـ نظرياً ـ تضارباً ما بين هذه الأنظمة جميعها. وأصل الإشكال يكمن فيما صادف الفقه القانوني من علاقات انطوت على عناصر أجنبية، كأن يكون أحد أطراف العلاقة أجنبياً، أو يكون موطن انعقاد العلاقة أجنبياً، أو محل العلاقة أجنبياً، مما يُشكل على القاضي الوطني المطروح أمامه النزاع لما يصادفه من ترشح لأكثر من نظام قانوني، كل منها له الصلاحية منهجياً، بموجب اتصاله بالعلاقة القانونية، لحكم المنازعات المتعلقة بها. وهو ما يفرز بدوره نوعاً من التناضل بين هذه النظم جميعها، فأي منها تكون له الغلبة ليفرض ولايته عليها، أم أنه يكون على القاضي الوطني العمل تلقائياً على طرحها جانباً، انتصاراً لقانونه الوطني؟

١/٢٣٠ ـ هذا الإشكال عرفته النظم القانونية بالمدن الإيطالية منذ القرن الثالث عشر، حيث تمتعت هذه المدن فيما بينها بقسط من الاستقلال الذاتي، رافقه اتصال عابر لحدود هذه المدن بين مواطنيها، فكان الزواج وكانت المعاملات التجارية والنقدية. وهكذا ظهرت معه المنازعات ذات العنصر الأجنبي بما تثيره من إشكالات عرفت اصطلاحاً بمسمى «تنازع القوانين». الأمر الذي أولاه الفقه الإيطالي جم عنايته في محاولات حثيثة لوضع حلول لما عرض عليه من أحوال تنازع. وإذ لم توفق جهوده في إرساء نظرية عامة، فإنها لم تعدم نتيجة لما تمكنته من استخلاص عدد من قواعد الإسناد المصحوبة ببعض المفاهيم التي أدخل عليها من التطور، لاحقاً، ما كان له أثره الكبير على هذا العلم القانوني بنظرياته التقليدية. وليس أدل على ذلك من نشأة نظرية الأحوال التي انتقلت من يد الفقهاء الإيطاليين إلى الشراح الفرنسيين في القرن السادس عشر ثم الفقهاء الهولنديين قبل استوائها بحالها الأخير على أيدي الفقه الإنجليزي والأمريكي من بعد. بيد أنه ومنذ منتصف القرن التاسع عشر، بدأت نظريات تنازع القوانين في الظهور على نحو دولي، متسمة بالصفة الكونية، بما عنته من وضع لحلول عامة مثالية، وذلك على سند من مناهج الفكر العلمي المجرد. الأمر الذي قابله نزوع

مضاد نحو نظريات وضعية، لا تطمع في حلول نموذجية لمسائل التنازع، وإنما ترنو إلى حلول واقعية فحسب مستمدة مما تبعته التشريعات فعلاً في هذه الشأن[١].

٢/٢٣٠ ـ أسباب ظهور إشكال تنازع القوانين: ثمة عوامل ثلاث يعزى إليها ظاهرة إشكال تنازع القوانين، أولها تقبل العقل القانوني لتطبيق القاضي غير قانونه الوطني. وثانيها ظهور أنظمة قانونية متباينة تنتهجها الدول المختلفة المتصلة بالعلاقة القانونية، تنطوي على قواعد مختلفة موضوعاً، ما يعزى بدوره إلى بداية ظهور تكوينات سياسية متمايزة تتمتع بقدر من الاستقلال الذاتي، سواء في مواجهة بعضها بعضاً أم في مواجهة كل من السلطتين المركزيتين آنئذ الممثلتين في الكنيسة والملك. أما ثالثها فكان إرهاصات تبلور الدولة القومية بمظاهرها بالغة التعقيد، من تحيز إقليمي معين بحدود معينة، تمارس عليه سلطة معينة سيادة ما، بما يستتبعه ذلك من تشكل لوحدات سياسية مصحوب بتميز مماثل على المستوى القانوني[٢].

٣/٢٣٠ ـ وقد كانت نقطة البدء في التطور الذي شهده منهج التنازع، الفصل ما بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي. إذ ترجع عدم معرفة الفقه القانوني لإشكال تنازع القوانين إلى سيادة مفهوم التلازم الحتمي بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي. الأمر الذي كان يحصر التساؤل دوماً حول محكمة المدينة التي يكون لها ولاية نظر النزاع، وذلك من بين كافة سائر المدن المتعلقة أنظمتها القانونية بالنزاع المطروح. إذ كان تعيين المحكمة يؤدي وبالضرورة القطعية إلي وجوب إعمال قانونها، بمقولة استجلاب الاختصاص القضائي للاختصاص التشريعي لزوماً. الأمر الذي عُقدت في شأنه عديد من المعاهدات بين مختلف المدن كان موضوعها الأساس تعيين المحاكم ذات الولاية بنظر تلك المنازعات ذات العناصر الأجنبية. بيد أن هذا التلازم ما لبث أن انحل تحت وطأة الاعتبارات الموضوعية ومستلزمات العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بعقيدة أن ما يُراعى عند تحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى ليس بالضرورة أن يكون هو نفسه ما يراعى عند تعيين القانون المختص بحكم المنازعة. وكان ذلك بفضل أفكار نظريات مدرسة الأحوال الإيطالية[٣]. وما يعنينا بهذا

---

(١) د/ محمد كمال فهمي ـ أصول القانون الدولي الخاص ـ دار الطالب بالإسكندرية ـ طبعة ١٩٥٥ ـ ص٢٩٣.

(٢) د/ فؤاد عبد المنعم رياض ود/ سامية راشد ـ الوسيط في القانون الدولي الخاص ـ الجزء الثاني: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ـ طبعة ١٩٩٢ ـ دار النهضة العربية ـ ص٥ وما بعدها.

(٣) د/ عز الدين عبد الله ـ القانون الدولي الخاص: الجزء الثاني في تنازع القوانين ـ الطبعة التاسعة ـ ١٩٨٦ ـ الهيئة المصرية العامة للكتاب ـ ص٤، ٥.

المقام، مناط التمييز الذي أجراه الفقه آنئذ بين المسائل القانونية، في محاولاته الحثيثة للتعرف على أكثر القوانين اتصالاً بالعلاقة القانونية، ومن ثم أولاها جدارة بحكم المسألة، لدلالة ذلك على حدود فاعلية قواعد النظام العام للنظم القانونية المختلفة ذات الصلة بالعلاقة موضع المنازعة. وهو نزوع لم يبارح فقه تنازع القوانين إلى يومنا هذا، رغم الخلافات الكبيرة والكثيرة في ذاك النظر التي لحقته عبر تطوره، وما تزال. على أن مما يجدر الالتفات إليه، تأثير النزوع الوطني بأثره القومي المتجه صوب التشكل في دولة مستقلة، على تطور منهج التنازع. لكونه أمراً مشهوداً ذا دلالة عظمى على علاقة النظام العام بنهج التنازع المعروف في القانون الدولي الخاص. ذاك أنه إذا كانت نقطة الانطلاق في نشأة هذا الفرع القانوني المهم، بزوغ مظاهر الاستقلال الوطني لدى المدن الإيطالية، فالأمر كاد أن يدور طرداً مع هذه الحقيقة، وإن كان على نحو أكثر عمقاً وتركيباً. فالبادي من استقراء التطور الطويل الذي مر به منهج تنازع القوانين، أن الأمر تراوح بين نظريتين إما إقليمية القوانين وإما شخصيتها. والمقصود بالإقليمية القانونية انطباق القانون الوطني على جملة الإقليم بغض النظر عن جنسية المنطبق عليهم أهم مواطنون أم أجانب، حال تعنى شخصية القوانين امتداد القانون ليسري على كافة مواطني دولة القانون أينما كانوا وإن خارج الإقليم، فيستصحب المواطن قانونه أينما حل أو رحل. والبادي أن الوحدة السياسية للدولة القومية، كانت الفاصل في تبني أي من النظرين.

٢٣١ ـ إقليمية القوانين: كادت الغلبة أن تكون للإقليمية، على مستوى النظريات المقول بها لحل إشكالات تنازع القوانين كافة، وذلك حتى منتصف القرن التاسع عشر. غلبة راوحتها استثناءات، حسب الأوضاع السائدة بكل دولة من الدول الأوروبية. فإذا كان الوضع قد كاد أن يستقر على إطلاقه، أخذاً بمبدأ إقليمية القوانين في فرنسا، وذلك لقوة السلطة المركزية، نظراً لتعاظم سلطان الملك في مواجهة طبقة الإقطاع ودعاة الانفصال. فقد تباين عنه في هولندا، حيث ظروف سياسية مفادها حداثة عهد بالاستقلال عن الاحتلال الإسباني، مصحوب بفراغ سياسي على مستوى السلطة المركزية، أفضى بدوره إلى تعاظم في سلطان الإقطاعيات، ومزيد من تمسك بسلطان القوانين المحلية باعتبارها رمزاً للاستقلال. فكان أن سادت نظريات فقه الأحوال الهولندية وعلى رأسها نظرية الفقيه «دارجنتريه»، التي تقوم على أصل من مبدأ إقليمية القوانين، مع تقييدها بأفكار كالمجاملة الدولية، تنفذ من خلالها القوانين الأجنبية إلى بنية النظام القانوني الوطني، بإمكان تطبيقها على المنازعات ذات العنصر الأجنبي حال تحقق مناطات تلك الأفكار[1]. الأمر الذي وجد له صدىً بإنجلترا، حيث الوضع

---

(١) د/ محمد كمال فهمي ـ المرجع السابق ـ ص٣٠٠ وما بعدها.

مستقر للدولة المركزية في مواجهة مظاهر الاستقلال، ما حدا بالدولة إلى تبني منهج إقليمية القوانين، تكريساً للنزوع الوطني بتطبيق القانون الإنجليزي على كامل إقليم الدولة. فكان أن انتشرت نظرية «دارجنتريه» على يد الطلاب الإنجليز والاسكتلنديين من متلقي العلم بجامعات هولندا، لتنتقل بعد ذلك إلى مستعمراتها بأمريكا، حيث لاقت رواجاً كبيراً لا لقوة السلطة المركزية هناك وإنما لنزعتها الاستقلالية ودعمها للعنصر الوطني في التناول القانوني. وهو وضع ما فتئ مؤثراً حتى يومنا هذا، على شراح القانون من الانجلوسكسونيين[1]. الأمر الذي يفيد بأنه حيثما حل النزوع الوطني تداعت نظرية إقليمية القوانين.

٢٣٢ ـ شخصية القوانين: عملت هذه نظرية على الحد من غلواء نظرية إقليمية القوانين، على الرغم من عدم تمكنها من أن يكون لها الغلبة حتى منتصف القرن التاسع عشر، تحت ضغط النزوع الوطني الدافع صوب التوحد الإقليمي للدولة القومية داخل أوروبا إبان تلك الحقبة الزمنية الممتدة. بيد أنه لظروف سياسية أكثر تمايزاً، حصل أن ذاعت هذه النظرية في منتصف القرن التاسع عشر، وذلك على يد الفقيهين الأوروبيين الألماني «سافيني» والإيطالي«مانشيني». أمر مبعثه التقارب بين قوانين أوروبا المسيحية بفعل مرجعيتها الواحدة، المؤصلة على مفاهيم القانون الروماني، مما توفرت معه الوحدة القانونية أو ما عرف بالاشتراك في الفكر القانوني بين الأنظمة القانونية لأوروبا المسيحية وهو ما ساهم إلى حد بعيد في الحيلولة دون إنجراح النظام القانوني الوطني، عند تطبيق القوانين الأجنبية. بيد أنه وعلى الرغم من شيوع هذه النظرية بهذا العصر، إلا أنه لم يكن ثمة انتصار مؤزر لها على مفاهيم الإقليمية، فالأخيرة ظلت تطل بعنقها داخل منهج تنازع القوانين من خلال استثناءات عديدة وردت على كل الأفكار المقول بها تأسيساً على نظرية شخصية القوانين، وذلك بتأثير النزوع الوطني، حفظاً على الكليات والأصول السياسية والجمعية الضابطة. لذا فلا وجه للدهشة أن يذهب الفقيه الألماني «سافيني»، إلى تأسيس نظريته في تنازع القوانين على مفهوم شخصية القوانين، على الرغم مما كانت عليه ألمانيا آنئذ من تشرذم في دويلات عديدة، كونه يؤصل نظره على سند من «أن مجال الأخذ بنظريته هو التنازع بين قوانين الدول المسيحية التي استمدت من القانون الروماني، لأن هذه الدول هي التي تجمع بينها الوحدة القانونية أو الاشتراك في الفكر القانوني، ولأن قيام التنازع يفترض تقارباً بين الأصول العامة

(١) د/ محمد كمال فهمي ـ ذات المرجع ـ ص٣٠٣ وما بعدها. والملاحظ أنه على الرغم من الاختلاف في الظرف السياسي بين هذه الأقاليم الأوروبية والأمريكية، وتراوحها ما بين دول ودويلات، إلا أن تبني مفهوم الإقليمية كاد أن يكون المستقر عليه، لما يوفره من تعزيز للنزوع الوطني الاستقلالي.

للقوانين المتنازعة. ويدلل الأستاذ «سافيني» على وجهة نظره بأنه لم ينشأ في العصور القديمة أي تنازع بين شريعة الرومان وشريعة الجرمان لقيامها على أصول متنافرة»[١]. ما يفيد أن ثمة افتراضاً أساس ينطلق منه «سافيني»، يتمثل في المرجعية الواحدة للنظم التي تأخذ بنظره، ألا وهي مرجعية القانون الروماني، ما ينبني عليه بمفهوم المغايرة استحالة تطبيق نظريته بأحوال التباين المرجعي للنظم القانونية، إذ عندئذ تنفصم الوحدة القانونية بين القانون المختص بحكم الواقعة وقانون القاضي، ليعود الأمر إلى سابق عهده من جهة الإقليمية القانونية، فيعمل القاضي قانونه الوطني مباشرة[٢]. وهذا بخلاف منطق نظرية الفقيه الإيطالي «مانشيني»، المنبني على هدى من مفهوم شخصية القوانين. إذ غلب على هذه النظرية الطابع السياسي بغية الوحدة السياسية لإيطاليا، التي كانت آنذاك منقسمة إلى عدد من الدويلات[٣]، فكان نظره لتحقيق هذه الوحدة السياسية الكبرى، يعتمد الربط ما بين فكرة الدولة القومية وفكرة الأمة، فباعتبار حق الأمة في أن تُكون من ذاتها دولة، تعين أن ينطبق قانون الدولة على أبناء هذه الأمـة كافة، بل ويتعين أن يستصحبونه أينما كانوا. فإذا كان الاعتبار الأساس في تكوين الدولة هو عنصر الأشخاص، غدا المبدأ خضوع الأشخاص لقانون جنسيتهم. فالقانون ما وضع للانطباق على حيز إقليمي، وإنما وضع لحكم سلوك الناس بالأساس، ما يفيد وجوب امتداده إلى خارج الإقليم ليتبع الأشخاص المخاطبين بأحكامه أينما حلوا. بيد أن هذا الفهم على إطلاقه، لم يكن يحقق السيادة الكاملة للأمة على إقليم الدولة، خاصة في شأن القوانين وثيقة الصلة بكيان الدولة، تلك التي وضعت لانتظام الدولة والمحافظة عليها، تحسباً لما قد يفرزه الوضع المعاكس من عدم انطباق هذه القوانين على الأجانب المقيمين بالإقليم الوطني. ما حدا به إلى إيراد تحفظات في غاية الأهمية، كانت بمثابة أركان لنظريته، استوى على القمة منها، ما يتعلق بقواعد القانون العام والقوانين الخاصة

---

(١) د/ محمد كمال فهمي ـ ذات المرجع ـ ص٣٠٦، ٣٠٧.

(٢) والبادي لدينا أن نظرية «سافيني» كانت كغيرها تهدف إلى دعم مفهوم الدولة ودفع الدويلات التي تتألف منها ألمانيا، صوب الوحدة المنشودة، ذاك أن حديثه عن الوحدة القانونية لم يكن يعني سوى الوحدة المرجعية لهذه الدويلات، كونها ذات تميز تشريعي من الوجهة المرجعية عن غيرها من باقي الدول الأوروبية، إذ تتميز بتداخل في المرجعية بين القانون الروماني والنظم الجرمانية، هذا التداخل إنما يخلق نوعاً متميزاً من الأصول المرجعية تباين تلك الخاصة بغير الدويلات الألمانية من دول أوروبا الغربية المسيحية، ومن ثم فأغلب القصد من عمله إنما كان الحيلولة دون الاستغراق في الاستقلال القانوني بين هذه الدويلات الألمانية، عن طريق إمكان التطبيق المتبادل لنظمها المختلفة، مما يرفع وجه الغربة عن هذه الأنظمة القانونية ويتيح تقارباً يفضي بنهاية المطاف إلى الوحدة القانونية بينها جميعها.

(٣) د/ عز الدين عبد الله ـ المرجع السابق ـ ص٥٣.

بالملكية العقارية والأمن المدني، فهذه جميعها لا تنطبق إلا إقليمياً باسم النظام العام، بمفاد عدم سريانها سوى على المقيمين بحدود الإقليم، مواطنين أم أجانب، مع عدم امتدادها للانطباق على الوطنين خارجه[١].

٢٣٣ ـ الاتجاه الوضعي المعاصر: بيد أنه وعلى الرغم من النظريات المتعددة التي قيل بها بهدي من مفهوم شخصية القوانين، إلا «أنه ما شارف القرن التاسع عشر على الانتهاء إلا وقد استقرت الطريقة الوضعية أو الوطنية. وصار للوطنية الغلبة في معالجة مشكلة تنازع القوانين. وجرى الحال على ذلك فيما انقضى من القرن العشرين، ولا يزال يجرى عليه حتى اليوم، فشهد هذا القرن ميل لدى الكثيرين من رجال الفقه إلى مبدأ إقليمية القوانين والعمل على تضييق المجال الذي تمتد فيه القوانين خارج الإقليم، ثم الترويج لقانون الموطن والعمل على إحلاله محل قانون الجنسية فيما يحكمه من مسائل»[٢]. أي أنه على الرغم من هجر الاتجاهات المعاصرة للتقسيمات المعروفة لمناهج التنازع ـ سواء شخصية القوانين أم إقليميتها ـ ورغم تكريس نهج الوضعية المستقى مما تتواضع عليه كل دولة في حل مشاكل تنازع القوانين بمراعاة واقعها الخاص، فقد كان هذا النزوع تقريراً لمفاهيم الوطنية التي قام عليها منهج إقليمية القوانين في حل تنازع القوانين، انصرافاً عن النزوع العالمي في الحلول، أي أنه صار الأخذ بإقليمية القوانين أساساً غالباً بمعظم الحلول التشريعية مع تنقيحه بمفاهيم شخصية القوانين وذلك بأوضاع مختلفة وبأشكال متفاوتة حسب رؤية كل مشرع[٣]. والحاصل أن ذلك ما كان، إلا نتيجة لتكون الدولة القومية واشتداد عودها واستقرار الخيار السياسي عليها سلطةً وحيدةً داخل المجتمع داخلياً، فضلاً عن تبوئها على المستوى الخارجي مكانة الشخص الدولي الذي لا يعلوه عال. فهي دون منازع صاحبة السلطان الأوحد والسيادة المطلقة، ومن ثم صار التنازع بين القوانين، أمراً يقع في صميم اهتمامها، فتصدى المشرع الوطني لتقرير حلول لهذا التنازع، حلولاً تنطلق من موجبات صالحه الوطني، لتستقر على مرفأ المقاصد الكلية لهذا لنظمه الوطنية.

١/٢٣٣ ـ على أنه لا يجوز فهم الأمر، باعتباره نزوعاً سياسياً فحسب، يرنو إلى إخضاع المنازعات ذات العنصر الأجنبي كافة للقانون الوطني لدولة القاضي، وإنما هو نزوع لإيجاد حلول تستظل بحاكمية الصالح الوطني لدولة القاضي، وتكون بالآن ذاته أنسبها لحكم تلك العلاقات، أياً ما تكون النتيجة، فقد تصل في مسألة معينة إلى تطبيق

---

(١) د/ منصور مصطفى منصور ـ مذكرات في القانون الدولي الخاص ـ تنازع القوانين ـ دار المعارف بمصر ـ طبعة ١٩٥٧ ـ ص٤٩ وما بعدها.

(٢) د/ عز الدين عبد الله ـ المرجع السابق ـ ص٦٨.

(٣) د/ عز الدين عبد الله ـ المرجع السابق ـ ص٨٩.

أحد القوانين الأجنبية، وتتعين في مسألة أخرى في تطبيق القانون الوطني. وكان ذلك بتأثير من سيادة عدد من المفاهيم على مستوى فقه التنازع، منها استقرار كيان الدولة القومية واطمئنانها على سيادتها داخلياً وخارجياً. إذ بزوال الحساسية الخاصة تجاه هذا الأمر، لم يعد تنازع القوانين ينظر إليه على أنه تنازع بين السيادات على النحو الحاد الذي كان عليه إلى مطلع القرن العشرين، ولم تعد حلول التنازع يقصد بها تحديد نطاق سيادة كل دولة ممثلة في سيادة قوانينها. فقد استقر الوضع على أن لقانون الدولة سلطان كامل على إقليمها لا يزحزحه سلطان قانون آخر، وغدا المشكل ينصب على تخير أنسب القوانين لحكم المسألة. خاصة أنه وفق منطلق المنهج الوضعي لتنازع القوانين، صار القانون الوطني هو الموجب لتطبيق القانون الأجنبي حال ثبوت صلاحيته لحكم المسألة على ما تقضي به قاعدة الإسناد الوطنية. أي أنه صارت أهلية القانون الأجنبي لحكم المسألة مستقاة من القانون الوطني مباشرة. يضاف إلى هذا تلك الآليات الأخرى التي أبدعتها النظم القانونية الوضعية، للحد مما قد تنجرح هي به، جراء إعمال القانون الأجنبي ببعض الأحيان والتي يأتي على القمة منها فكرة النظام العام. مما يفيد أن النظم الوطنية، وقد دانت لها السيادة الإقليمية، وانضوى كيان المجتمع كله تحت إمرة سلطان الدولة فقد زالت الكثير من أسباب الحساسية المفرطة تجاه الأجنبي لتنفتح نظمها متطلعة بنظر موضوعي شبه مجرد إلى حلول علمية لمشاكل تنازع القوانين، دون أي تفريط في مقتضيات سلطان نظمها الداخلية، مستعينة بعدد من الآليات القانونية لتوفير حماية مضادة، تجاه ما قد يفرزه هذا الانفتاح القانوني، من آثار سالبة تمس أوضاع هذه النظم الوطنية.

المطلب الثاني

علاقة فكرة النظام العام بمنهج تنازع القوانين

٢٣٤ ـ تمهيد: نتج عن التطور الوضعي لمنهج تنازع القوانين بمآله المعاصر، تبلوره على نحو آخذ بتطبيق نسبي لمفهوم إقليمية القوانين، مدجن بعديد مما ينتسب إلى مفهوم شخصية القوانين، وذلك بنسب تتفاوت حسب ظروف كل دولة ورؤية مشرعها وأوضاع نظامها القانوني، وفق مقتضيات المصالح العليا لها. مما أفرز أحوالاً متعددة صار فيها القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق على المنازعات ذات العنصر الأجنبي، وذلك حسب ما تشير إليه قواعد الإسناد الوطنية. الأمر الذي وجد معه المشرع أنه بصدد احتمال متصور التحقق، ألا هو أن يضحى ذلك القانون الأجنبي الذي أشار إليه، متعارضاً وأسس نظامه القانوني، بأن يكون ذلك القانون مخالفاً لأي من أصول دولة ذلك المشرع أو جماعته بكلياتهما التي ينبني عليها قوام نظم المجتمع كله، أو بأقل تقدير يجده بصدد قاعدة قانونية يجهلها نظامه القانوني الوطني. فهل ذلك الاختصاص المعين للقانون الأجنبي، مقرر على نحو مطلق أم أنه اختصاص مشروط. يترتب على القول بالإطلاق وجوب إعمال ذلك القانون الأجنبي، بغض النظر عن مدى موافقته أو مخالفته للنظام القانوني الوطني لدولة القاضي، بكل التداعيات الواقعية التي يفرزها هذا الوضع من انجراح شديد للكيان القانوني الوطني لدولته، أو اهتزاز للكيان الجمعي والسياسي للمجتمع كله. الأمر الذي لم يكن ممكناً قبوله أو تصور حدوثه فكان اللجوء إلى فكرة النظام العام للحؤول دون هذه النتيجة، مواصلة بذلك دورها المقرر بالنَظم القانوني الوضعي من حيث ضبط الإرادة وهي بصدد التصرف القانوني، دون انحراف عن الأطر القيمية أو الأنساق الأصولية التي يشيد عليها المجتمع بنيانه، سواء ما يخص منها الجماعة أم ما يخص الدولة.

١/٢٣٤ ـ والبادي مما تقدم، ألا مندوحة من التسليم بأن دور النظام العام في إطار منهج تنازع القوانين، إنما ارتبط كلية بمفهوم شخصية القوانين. فحالما ابتني ذلك النهج على مفهوم إقليمية القوانين لم يكن لتثور الحاجة إلى دور تلعبه فكرة النظام العام بهذا الصدد. إلا أنه ما إن أصبح نهج التنازع متأصلاً على هدي مفهوم شخصية القوانين، ولو في شق منه، حتى دعت الحاجة ملحة إلى الاعتماد على فكرة النظام العام باعتبارها فكرة لا غنى عنها لضرورة انتظام نهج التنازع المبني على أصل من هذا المفهوم. وعلة ذلك أن إقليمية القوانين بما تقرره من اختصاص مطلق للقانون الوطني

على كامل إقليم الدولة، سواء أكان الخاضعون له أجانب أم مواطنين تخفف من وطأة ما يتهدد نظم الدولة آنئذ فالجميع منصاع ابتداء وانتهاء للقانون الوطني، والهدف الأسمى صون أصول الجماعة وكليات الدولة. وذلك خلافاً للحال عند استلهام مفهوم شخصية القوانين، بما يستدعيه من تطبيق للقوانين الأجنبية داخل إقليم الدولة، وما يرتبه هذا من احتمال مجافاة القانون الأجنبي للنظام الوطني، مما يستلزم آليات مخصوصة، تمثل حائط صد، حال تحقق ذاك الاحتمال، فتحول دون نفاذ ذلك القانون داخل إقليم الدولة، صوناً له من صور العدوان المختلفة التي تأخذ مظهر الاعتداء على النظام القانوني القائم، وهو في حقيقته عدوان على إحدى قيم المجتمع المنعكسة في الشكل القانوني. الأمر الذي حدا بالفقيه «منشيني» إلى اللجوء لفكرة النظام العام، بغية تبرير بعض قواعد الإسناد التي تقرر في بعض الأحوال التطبيق الإقليمى للقانون الوطني استثناء من المبدأ العام القاضي بمنهج شخصية القوانين، الذي شيد عليه نظريته[١]. وهو ما يعادل موضوعياً في الفهم المعاصر لنظرية تنازع القوانين، القواعد ذات التطبيق الضروري التي عرفت بمسمى «النظام العام التوجيهي»، وذلك على الرغم من عدم تصريحه بأن ما انتهى إليه كان انصياعاً لمقتضيات النظام العام. ويمكن نسبة الفضل في بلورة المفهوم الدفعي لفكرة النظام العام باعتباره دفعاً استبعادياً، على ما هو مقرر بالمفهوم التقليدي لفكرة النظام العام في تنازع القوانين، إلى الفقيه «سافيني»، الذي ذكر أن قواعد الإسناد إنما يعمل بها في النطاق الذي تسمح به الوحدة القانونية بين قوانين الدول، تلك الوحدة التي لا تتحقق إلا بين الدول المسيحية التي تجد في الشريعة الرومانية مرجعية حاكمة. ومن ثم ففي الأحوال التي تفتقد مثل تلك الوحدة يتعين استبعاد القانون الأجنبي[٢]. الأمر الذي أفاد منه الفقه الحديث، مع تطور في النظر، ليغدو الاستبعاد قريناً بعدم التقارب بين أصول القانونين الذي يخلق تنافراً بيناً بين قانون دولة القاضي والقانون الأجنبي واجب التطبيق، الأمر الذي انتهي بالفقه إلى «اعتبار الدفع بالنظام العام دفعاً استثنائياً عاماً يفيد من حكم قواعد الإسناد، حيث يقصد به استبعاد القانون الأجنبي المختص اختصاصاً عادياً طبقاً لقاعدة الإسناد في كل حالة تتخلف فيها الوحدة القانونية مرجعياً بين ذلك القانون وقانون القاضي»[٣]. أي أن الوحدة القانونية المستلزمة لإعمال القانون الأجنبي، لم تعد تتأصل على هدى من وحدة مرجعية الشريعة الرومانية، وإنما صار يكفي في شأنها وحدة الأصول المرجعية، على ما يتبين لاحقاً.

---

(١) د/ محمد كمال فهمي ـ المرجع السابق ـ ص٤٠٠.

(٢) د/ محمد كمال فهمي ـ المرجع السابق ـ ص٤٠١.

(٣) ذات المرجع ـ ص٤٠١، ٤٠٢.

٢/٢٣٤ ـ مفهومان لفكرة النظام العام: ويظهر مما سلف أنه قد أصبح للنظام العام مفهومان، أحدهما تقليدي يعرف بمسمى «النظام العام الاستبعادي أو الإسنادي ذي الوظيفة الحمائية»، وثانيهما حديث عهد اصطلح عليه بمسمى «النظام العام الوقائي» دلالة على القواعد ذات التطبيق الضروري أو المباشر[١]، وفق الأداء الوظيفي الذي يضطلع به كل منهما في منهج التنازع. وحاصل الأمر من الوجهة التاريخية أنه إزاء ما استقر عليه وضع تنازع القوانين من ورود قواعد للإسناد تعين مسبقاً القانون واجب التطبيق في كل مسألة على حدة، لم يعد بمستطاع المشرع التعرف على مضمون القاعدة القانونية الأجنبية التي تشير قاعدته الإسنادية إلى حاكميتها للمسألة قبل تطبيقها، فأصبح القاضي وهو بصدد إعمال ما تشير إليه هذه القاعدة بمثابة من يقفز في الظلام إذ إن إدراكه لمضمون القانون الأجنبي يتراخى لحين لحظة تطبيقه، ما يتنافى والرشد القانوني، فليس بمعقول أن يعطي المشرع الوطني توقيعاً ما على بياض لمشرعي العالم، كي يعملوا ما يرونه من قواعد داخل دولته، لمجرد أن طبيعة المسألة المعروضة تقتضي إعمال القانون الأجنبي، بغض الطرف عما قد يفرزه ذلك التطبيق من تعارض صارخ للقانون الأجنبي مع القانون الوطني. الأمر الذي لم يكن معه بد من إيجاد آلية تحد من غلواء آثار تطبيق قواعد الإسناد. فكانت فكرة النظام العام هي هذه الآلية، حيث تم استخدامها دفعاً لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد كلما استبان تعارض ذلك القانون مع أي من أسس النظم الوطنية. بينما يقصد بالنظام العام الوقائي، أي القواعد ذات التطبيق الضروري «مجموعة القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني والتي تبلغ في أهميتها لمجتمع الدولة حدا كبيراً يحول دون دخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية، ويتعين من ثم تطبيقها تطبيقاً مباشراً دون نظر إلى تصنفيها وما إذا كانت تنتمي إلى القانون العام والقانون الخاص، ودونما عوز لإعمال منهج قواعد الإسناد»[٢]. والبين أن هذه القواعد إنما تتولى بذاتها تحديد مجال تطبيقها، وذلك بحكم طبيعتها الخاصة، مما تتفلت به كلياً من منهج قواعد الإسناد. فذلك المنهج يرتكز على التحليل الموضوعي للقواعد الوطنية، لاستبيان ما يعد منها ضروري التطبيق وما لا يعد كذلك، فيعمل بالضروري منها مباشرة في كل منازعة تعرض للقاضي، أكانت تنطوي على عنصر أجنبي أم لا، كونها قواعد لا تقبل بحكم الطبيعة المزاحمة. ويغلب على هذه القواعد، أنها من قبيل تلك التي تنفرز نتاج التدخل القسري من الدولة، بغية حماية بعض من المصالح، التي يتبدى لها أهميتها وحيويتها بالنسبة لها أو للجماعة. وبالتالي ففي كل حال تبدو المسألة حيوية وهامة، تغدو القاعدة

---

(١) د/ عكاشة عبد العال ـ المرجع السابق ـ ص٤٦٧.

(٢) د/ عكاشة عبد العال ـ المرجع لسابق ـ ص٤٧٤.

القانونية المنتظمة إياها واجبة التطبيق مباشرة، كما هو حال القواعد المنتظمة علميات الائتمان والرقابة على النقد والعمليات المصرفية وحماية المستهلك والأطراف الضعيفة في العقود والعامل في عقد العمل والمستأجر في عقد إيجار الأماكن[1]، على ما نعرض له تفصيلاً.

٣/٢٣٤ ـ على أنه وقبل المضي قدماً في العرض التفصيلي لمفهومي النظام العام، أحسب أنه يتعين الإشارة إلى منهج البحث بهذا الخصوص. إذ وبتقدير أولويات التطبيق المنهجي لكلا المفهومين المشار إليهما، يضحى متصوراً ضرورة تقديم، عرض النظام العام الوقائي على النظام العام الحمائي. فالأخير إنما يتم إعماله في مرحلة لاحقة على الأول، إذ لا يلجأ منهجاً إلى قواعد الإسناد، إلا إذا ظلت المسألة خلواً من قاعدة واجبة التطبيق الضروري، فحالئذ وحسب ينظر في قاعدة الإسناد لتبين إرادة المشرع إزاء القانون واجب التطبيق على المنازعة الماثلة، مما يستلزم أسبقية منهجية لعرض النظام العام الوقائي على الحمائي، على الرغم من تباين ذلك مع التسلسل التاريخي لظهور كل منهما. ومن جهة أخرى، سوف يبدأ البحث بعرض أولى للمفهوم فقهاً قبل المضي لتخريجه على هدي من النظر الفقهي الذي انتهينا إليه. وذلك في محاولة لإعادة توزيع هذين المفهومين على الهيكل المفهومي الكلي لفكرة النظام العام.



(١) د/ عكاشة عبد العال ـ المرجع السابق ـ ص٤٧٦.

المطلب الثالث

النظام العام الوقائي

(القواعد ذات التطبيق الضروري أو المباشر)

٢٣٥ ـ ظهور النظام العام الوقائي: ظهر مفهوم النظام العام الوقائي متأخراً بعض الشـيء عن مفهوم النظام العام الحمائي، كون الوظيفة التي يضطلع بها، لم تكن تثور في العصر الذي ثارت فيه الحاجة إلى النظام العام الحمائي. إذ يعزى ظهور مفهوم النظام العام الوقائي، إلى اتجاهات السياسة التدخلية للدولة التي زادت بشكل ملموس بتأثير الاتجاهات الفلسفية الاشتراكية، فضلاً عن الأزمة الاقتصادية التي أصابت العالم بنهايات العقد الثالث من القرن العشرين، فكان القانون أحد أهم أدوات الدولة لتجاوز هذا الأمر، حيث مضت الدولة في إصدار عديد من قوانين التوجيه الاقتصادي والاجتماعي، كقوانين النقد والائتمان والقوانين الجمركية وقوانين البنوك والصرف والقوانين الخاصة بحماية الأطراف الأضعف في العلاقات القانونية كالمستهلكين والعمال والمستأجرين، الأمر الذي استلزم من المشرع، رعاية لتوجهاته، أن يفرض حماية مخصوصة لهذه القوانين، فكان أن منح طابعها الآمر حداً من القداسة، اقتضت وجوب إعمالها على المسائل التي تدخل في إطار سريانها المكاني كافة، ولو كانت في شأن علاقة ذات طابع دولي[1]، وهو ما ظهر معه أفكار نوعية للنظام العام، هي بالأساس محاولة تقسيم نوعي لقواعد هذا النظام العام؛ كالنظام العام الاقتصادي والنظام العام الاجتماعي. هذا الوضع تلقفه فقه القانون الدولي الخاص ليمد آثار هذه القوانين التوجيهية إلى ميادينه. فليس ثمة فارق في المعاملة إزاء هذه القواعد التوجيهية ما بين مسائل خالصة الصبغة المحلية ومسائل ذات صبغة دولية تنطوي على عناصر أجنبية، وذلك من حيث وجوب انطباقها. الأمر الذي تولد عنه منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، في تناول مختلف لمفهوم النظام العام، نهجاً وتطبيقاً، عن التناول التقليدي المعروف في منهج التنازع بمسمى «النظام العام الاستبعادي أو الحمائي».

١/٢٣٥ ـ والبادى أن الفقه حار في تسمية هذه القواعد بما يدل على صحيح طبيعتها، فثمة من أطلق عليها «قواعد البوليس والأمن»، وثمة من أطلق عليها «القواعد

---

(١) د/ هشام علي صادق ـ القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ـ منشأة المعارف ـ طبعة ١٩٩٥ ـ ص٥٨٥.

فورية التطبيق»، وثمة من فضّل تسميتها «قواعد النظام العام»، غير أن الفقه المصري يكاد ينحصر خلافه في تسميتها ما بين «القواعد ذات التطبيق الضروري» و«القواعد ذات التطبيق المباشر»[1]. ولعل مناط تفضيل الفقه المصري لهذين المسميين، على غيرهما مما قيل، كونه اصطلاحاً جامعاً «حيث يشمل قواعد البوليس التي يطبقها القاضي مباشرة وغيرها، ويظهر أن القواعد التي يغطيها هي ضرورية من حيث التطبيق، أي مدى إلزاميتها، حماية للتضامن الاقتصادي والاجتماعي لمجتمع دولة القاضي، وأن لقانون القاضي بصددها اختصاصاً عادياً لا استثنائياً، كما هو الحال في الدفع بالنظام العام، وأن تطبيق تلك القواعد لا يقتصر فقط على الإقليم بل خارجه طالما كان ذلك ضرورياً لإدراك أهدافها»[2]. بيد أنه وعلى الرغم من تلك التسميات ومعايير التفضيل المقول بها في خاصة كل منها، فلا مندوحة من التسليم بكون ذلك المفهوم في حقيقته يندرج في المفهوم الكلي لفكرة النظام العام من الوجهة العضوية، لما يكرسه من حماية لمصالح حيوية ضرورية، اقتصادية واجتماعية، حسب نظر الدولة ورؤاها الأيديولوجية والفلسفية العامة وما تتبناه من سياسات تنفيذاً لها. لذلك فنزولاً على ضرورات أوضاع التكوين الفقهي للقانون الدولي الخاص، وماهية ما اصطلح عليه بمسمى النظام العام بمفهومه الدفعي الاستبعادي في ذلك التكوين الفقهي، فقد تأبى الأمر على استخدام ذات الاصطلاح دلالة على هذا النوع من القواعد القانونية.

٢٣٦ ـ ماهية النظام العام الوقائي: سبق أن أشرنا إلى ما آل إليه الفكر القانوني الوضعي في نهايات القرن التاسع عشر، من إطلاق متفلت لسلطان الإرادة ومنح الفرد حريات واسعة غير محددة أفرطت في مكنات الحقوق الفردية مما أدى إلى تصادم بين الإرادات مع اختلال في التوازن القسري داخل الجماعة، أفرز بدوره نوعاً من عدم الاتساق بين المراكز القانونية للأفراد المتصور نظرياً تساويها. ومن جانب آخر أدى ذلك إلى تهمش في دور الدولة، التي يفترض نظرياً أنها السلطة الوحيدة ذات السيادة داخل المجتمع، مقلصاً وظيفتها في حدود الحماية الأمنية الجنائية، فيما عرف بدور الدولة الحارسة، التي يتعذر عليها الاضطلاع بأي دور تخطيطي داخل مجتمعها، سواء على المستوى الاقتصادي أم الاجتماعي أم السياسي. وهو وضع لئن صلح في الحقبة الأولى من عمر الصعود البورجوازي للمدن بمفاهيمها التنويرية، على حساب الإقطاعية

---

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة ـ المرجع السابق ـ ص٢٥٥. انظر أيضاً: د/هشام علي صادق ـ المرجع السابق ـ ص٦١٩ وما بعدها، حيث يفضل الكاتب تسميتها «القواعد ذات التطبيق المباشر» تميزاً لها عن «القواعد ذات التطبيق الضروري»، كون الثانية أكثر شمولاً من الأولى، من وجهة الانطباق الوطني حال الثانية قد تسري فضلاً على ما يتصل بالعلاقة محل المنازعة من قواعد أجنبية تتحقق فيها طبيعة هذه القواعد.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامة ـ المرجع السابق ـ ص٢٥٥.

بمفاهيمها الأسرية الكنسية، فإنه لم يكن ليصلح مع الدولة القومية المعاصرة بمفاهيمها المتميزة على المستوى السياسي النظامي، بل يصح القول بعدم صلاحيته على مستوى الأمن الداخلي التنظيمي للجماعة البورجوازية الحديثة ذاتها. الأمر الذي كشف عن قصور شديد في الجانب التطبيقي للرؤية الليبرالية للحقوق والحريات، فضلاً عن عجز تلك الرؤية عن الوفاء بحلول عادلة لتنظيم متجانس للمجتمعات الداخلية. فكان أن تحتم على الدولة التصدي للاضطلاع بدور إيجابي في حياة مجتمعاتها، وذلك على المستويات كافة، على نحو ما يرتأب به صدع الخلل في التضامن الجمعي، فيعود للمراكز القانونية للأفراد سابق استقرارها وفق التساوي النظري الذي يتعين أن تستوي عليه، ومن ثم تتمكن الدولة من الاضطلاع بما رنت إليه دوماً من دور تاريخي في قيادة الجماعات. الأمر الذي كان من انعكاساته تبلور قواعد قانونية توجيهية في مجالات مختلفة، كانت ترجمة لسياسات الدولة التدخلية. حيث تصدت بها الدولة للانفلات الحاصل في توجهات الإرادة، تصدياً ضابطاً لمكنات الحقوق مستهدفاً انتظاماً لحدود الحريات، وذلك على النحو الذي مكنها من صهر الإرادات الفردية داخل بوتقة المناحي الأيديولوجية وأهدافها السياسية، وفق الرؤية المصلحية لكل دولة. فكان لتلك القواعد القانونية طابع آمر يتأبى على المخالفة أو الخرق، طابع يحمل من صفات الإلزام ما استوجب خضوع الجميع له، أكانوا مواطنين أم أجانب، ما داموا يحيون على إقليم الدولة، بل منها ما استصحبه المواطنون خارج إقليم دولهم. تلك القواعد التي تُعد وفق رؤيتنا متقدمة البيان، من قواعد النظام العام، عدت في فهم القانون الدولي الخاص «القواعد ذات التطبيق الضروري» أو «القواعد ذات التطبيق مباشر». وعلى هذا النحو تزايدت بشكل كبير القواعد القانونية ذات الطابع التنظيمي الآمر، على مستويات العلاقات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، حادة من إرادات الأفراد وقدراتها، مقيدة من مكنات الحقوق والحريات بقدر ما تستلزمه ضرورات حماية المصالح العامة المعتبرة رسمياً، ليفقد الفرد بالقدر نفسه كثير مما كانت تحوزه إراداته من مكنات. وعليه ففي نطاق علاقات القانون الدولي الخاص، غدا الفرد فاقداً بعض قدارته، أي فاقداً مكنة اختيار القانون الذي يحكم العلاقة التي هو طرف فيها حال ما إذا كان ثمة قاعدة قانونية داخلية من القواعد ذات التطبيق الضروري تنظمها. ليضحى القاضي ملتزماً تجاهل تلك القاعدة التي انصرفت إليها إرادة أطراف العلاقة، انتصاراً لقانونه الوطني وقواعده ذات التطبيق الضروري.

١/٢٣٦ ـ نص بعض التشريعات على قواعد التطبيق الضروري: يشهد النشاط التشريعي المقارن، تطوراً ملحوظاً في هذا الخصوص، فثمة من التشريعات ما صار يَنُص صراحة على وجوب تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري، كالتشريع التونسي

الجديد الصادر بتاريخ ٢٦ من نوفمبر سنة ١٩٩٨م، الذي نص بالفصل الثامن والثلاثين منه على وجوب تطبيق القانون التونسي مباشرة، أياً ما يكون القانون المعين من قبل قواعد التنازع، ما دامت قواعد القانون التونسي مما يستوجب تطبيقها ضرورياً بالنظر إلى الغرض المقصود من وضعها.

٢٣٧ ـ الأساس القانوني للقواعد ذات التطبيق الضروري: لا مشاحة في انه بأحوال إفصاح المشرع الجهير، عن إرادة اعتبار قاعدة ما من القواعد ذات التطبيق الضروري، يتعين الاعتداد بهذه الطبيعة تعيناً يتأبى على الاجتهاد. وهذا الإفصاح التشريعي يكون بطرق فنية يثبت بمقتضاها صراحة أن القاعدة المعنية من القواعد ذات التطبيق الضروري، كما بأحوال القوانين الخاصة بالضمان الاجتماعي كقوانين العمل والتأمينات الاجتماعية، والقوانين التي تكافح الاحتكار وتحمي المستهلك، القوانين التي تحمى القُصَّر وغير كاملي الأهلية وتنظم أهلية التعاقد، ومثاله المادة (١٤) من القانون المدني التي تقرر سريان القانون المصري على علاقات الزوجية إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت الزواج، والمادة (١٦/١) من القانون الفرنسي الصادر في ١٨ من يونيو سنة ١٩٦٦ في شأن عقود النقل البحري التي تقضي بتطبيق أحكام هذا القانون، فيما لو تم النقل من أو إلى الموانئ الفرنسية ذلك النص التي أخضع العقود الدولية الخاصة بنقل البضائع بحراً للقانون الفرنسي، ما دام ميناء الشحن أو ميناء التفريغ كائناً بفرنسا[1].

٢٣٧/١ ـ في حالة غياب النص: بيد أن الأمر يدق في خصوص الأحوال التي تغيب عنها أية إشارات تشريعية مباشرة، تعين في تحديد ماهية القواعد ذات التطبيق الضروري، فيأتي التشريع خلواً من نص يفيد وجوب تطبيقه بشكل مباشر. إذ عندئذ يتعين تلمس معيار منضبط يكشف عن تلك الطبيعة، وهو ما حاوله الفقه. فثمة قائل بمعيار غائي قوامه الاعتماد على الغاية الاجتماعية للقاعدة القانونية لمعرفة ماهيتها، فان رنت إلى حماية النظام العام أو مصلحة الجماعة، كانت من القواعد ذات التطبيق الضروري. وثمة قائل بمعيار عضوي مادي قوامه فكرة تنظيم الدولة للمسألة المحكومة بالقاعدة القانونية، فإن بدا لزومها الضروري حماية للتنظيم السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي، كانت من القواعد ذات التطبيق الضروري. وثمة من جمع المعيارين السابقين بين دفتي معياره المقترح، معتمداً معياراً وظيفياً يرتكز على دعامتين، أولهما غاية القواعد القانونية برنوها صوب تحقيق المصلحة العامة وحمايتها، وثانيهما مظهر

---

(١) د/ هشام علي صادق ـ المرجع السابق ـ ص٦٠٢ وص٦٢٠: وإن كان الكاتب يرفض اعتبار هذا القانون من قبيل القواعد ذات التطبيق الضروري، تغليباً لطبيعته باعتباره من قواعد الإسناد الأحادية كونه لا يتضمن أي حكم موضوعي يفيد بذاته ضرورة انطباقه. إلا أنه يذكر اتجاهاً كبيراً في الفقه يميل إلى اعتبار هذا القانون من القواعد ذات التطبيق الضروري.

تدخل الدولة بأجهزتها ومرافقها إستهدافاً للمصالح العامة، وبذلك تغدو القواعد ذات التطبيق الضروري تلك التي تلازم تدخل الدولة وترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية الضرورية ـ اقتصادية واجتماعية ـ ويترتب على عدم احترامها إهدار أي من مقاصد السياسة التشريعية، فعندئذ فقط تكون واجبة التطبيق على العلاقات القانونية التي تدخل في مجال نشاطها كافة، أكانت ذات طبيعة وطنية خالصة أم ذات طبيعة أجنبية[١]. وثمة من زاد على ذلك مستلزماً وجود صلة عقلانية بين مضمون هذه القواعد وأهدافها وبين نطاق تطبيقها[٢].

٢/٢٣٧ ـ عناصر القواعد ذات التطبيق الضروري: ومن جملة ما تقدم، يتبين أن ثمة عناصر تتأصل على هداها القواعد ذات التطبيق الضروري، فيأتي على القمة منها هدف القاعدة الذي يلزم تعينه في ابتغاء أي من المصالح الحيوية الضرورية وحمايتها، مما تنفتح معه هذه القواعد على ما تتحقق به أيضاً المصالح الخاصة، ما دام البُعد الجمعي هو موضع الاعتبار بهذا الخصوص. فالعبرة عندئذ ليست بكون القاعدة مبتغية للصالح العام، حسب ما هو مقرر بفقه القانون العام، وإنما العبرة بكنه أهمية ذلك الصالح بالنسبة للمجتمع كله، كما في القواعد التي تتعلق بحماية الطرف الضعيف في التعاقد أو القواعد الأساسية التي تنضبط بها العقود الفردية. ومن ثم فالعبرة بحيوية القاعدة وقدر ضرورتها للنظام الاجتماعي فما دامت كذلك عُدت القاعدة من القواعد ذات التطبيق الضروري. ثم يأتي بعد ذلك عنصر مضمون القاعدة، الذي يتعين انطواؤه على المفهوم التنظيمي للدولة، أي أن تكون القاعدة مما ينتظم الإطار السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي وفق رؤية الدولة أيديولوجيا، مما يباعد قطاعاً عريضاً من الكليات والأصول الجمعية عن نطاق القواعد ذات التطبيق الضروري، فلا يبقي منها سوى تلك الأصول الجمعية التي تتبناها الدولة بشكل مباشر كقواعد الميراث. وبذلك تنحصر تلك القواعد ذات التطبيق الضروري في إطار أصول السياسة الأيديولوجية للدولة فحسب، كون الوظيفة الأساسية التي تصدر تلك القواعد على أصل منها هي تجسيد السياسة التشريعية على نحو قاعدي عصي على الخرق أو الانهدار. ثم يكمل ذلك عنصر عضوي يتأصل على نهج عقلاني يستلزم أن يكون ثمة علاقة بين القاعدة القانونية ـ مضموناً وأهدافاً ـ وبين نطاق تطبيقها، وهو ما يتحقق بأفكار كالإقليمية حيث تكون القاعدة واجبة الانطباق إطلاقاً على كامل إقليم دولة القاضي، أو كتنظيم الدولة فكل قاعدة تتصل بنظم الدولة وإدارة مرافقها وأسس مؤسساتها هي بالضرورة ذات تطبيق ضروري، أو كالمصالح العليا للدولة مثل القواعد الضابطة للتداول النقدي والقواعد التي تتضمن

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة ـ المرجع السابق ـ ص٢٥٦، ٢٥٧.

(٢) د/ هشام علي صادق ـ المرجع السابق ـ ص٦٢٢، ٦٦٣.

تقديراً معيناً لتوازن حدود العلاقات بين الأفراد على مستويات العلاقات المختلفة[1]. فكل تلك الأفكار تساهم في تشكيل ضابط العلاقة المباشرة بين القاعدة التي يراد تحديد طابعها ونطاق تطبيقها. وكلما ثبت توافر تلك العلاقة تكون القاعدة من القواعد ذات التطبيق الضروري.

٢٣٨ ـ منهج القواعد ذات التطبيق الضروري: يهدف هذا المنهج إلى تحقيق حماية فورية مباشرة للنظام القانوني لدولة القاضي. وذلك بفحص المسألة المعروضة على القاضي، بغية تعيين أي القواعد القانونية الوطنية تثبت صلاحيتها ـ أن تكون الأكثر مناسبة ـ لحكم هذا المسألة، وبعدها يتم سبر غور القاعدة التي يُرى حكمها للمسألة، استبياناً لطبيعتها والهدف منها، عن طريق المعيار آنف الإشارة في تعيين القواعد ذات التطبيق الضروري، فإن استبان أن القاعدة تنتمي إلي تلك الطائفة من القواعد وجب تطبيقها على نحو فوري، وذلك دونما حاجة إلى تحليل طبيعة العلاقة القانونية موضع المنازعة تحديداً لطبيعتها في محاولة لتخريجها على أي من قواعد الإسناد، كما يجري العمل في شأن قواعد التنازع ثنائية التطبيق، وكأن «القاضي في منهج قاعدة الإسناد، ينطلق من العلاقة القانونية ابتداءً، للبحث عن القانون واجب التطبيق. أما بخصوص منهج القواعد ضرورية التطبيق، فينطلق من القاعدة القانونية ابتداء، للبحث عن العلاقة القانونية التي تسري عليها»[2]. أي أن منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في شأن المنازعات ذات العنصر الأجنبي يستند على ذات المنهج القانوني الذي يتبعه القاضي في شأن المنازعات المحليـة الخالصة التي تعرض له، حيث يقوم بتحديد دقيق لأصل المشكل المثار على نحو ما يتصنف به إطاره الشرعي الحاكم له، وعندئذ تتقرر القواعد الضابطة للمسألة حيث ينظر في مضمونها وأهدافها وحدود الصلة العقلانية بين تلك القاعدة وجوهر النزاع، فإن استبان من ذلك جمعيه أن القاعدة تعد من القواعد ذات التطبيق الضروري، وجب إعمالها لزوماً، وهو الأمر البديهي فالقاضي الساهر على رعاية مصالح دولته وإطاعة أمر مشرعها، حينما يعرض عليه نزاع ما، يتعين عليه البحث عن حل له من خلال قانونه أولاً، فإن وجد أن ثمة من قواعده ما يتصل بأصل ذلك النزاع وكانت تقف خلف القاعدة اعتبارات مصلحية عليا، فما من سبيل أمامه سوى الانصياع لأمرها إعمالاً لها بشكل فوري، دون أن يسمح بأي مزاحمة لها من قبل قاعدة قانون أجنبي. فإذا كانت بغية مؤسسات الدولة كافة العمل على حماية الصالح الوطني وتأكيداً على أطر مشروعيتها، فلا عجب أن يبادر القاضي إلى صون النظام القانوني لدولته بالحفاظ على القواعد القانونية الوطنية كافة التي تطوي بجنباتها أصول المكون

---

(١) د/ هشام علي صادق ـ المرجع السابق ـ ص٦٧٤ وما بعدها.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامة ـ المرجع السابق ـ ص٢٥٨.

الضروري للدولة، معبرة عن صوالح عليا وطنية وفق رؤية المشرع الوطني.

٢٣٩ ـ موضع القواعد ذات التطبيق الضروري بالنسبة للمفهوم الكلي لفكرة النظام العام: البين مما تقدم، أن القواعد ذات التطبيق الضروري هي تلك القواعد التي تعكس كليات وأصول المكون الضروري للدولة. إذ اعتباراً بربطها ربطاً كاملاً بإطار المصالح الحيوية الضرورية من جهة، ولترتبها بحكم التدخل القسري للدولة فرضاً لرؤيتها وفق نسقها الأيديولوجي من جهة أخرى، تضحى تلك القواعد انعكاساً شبه كامل لأصول ذلك المكون الرسمي ـ أو لنقل السياسي الرسمي ـ كالتنظيمات النقدية والتطبيقات السياسية للمتبنى الاقتصادي أو الاجتماعي، التي يتم تقعيدها بهيئة أحكام قانونية. بيد أن من تلك القواعد ما ينتسب انتهاءً لأصول المكون الجمعي للجماعة، ورغم ذلك يُعد من القواعد ذات التطبيق الضروري بحكم واقعة تبني الدولة لها، كقواعد المواريث وقواعد الأحوال الشخصية. فتلك ترتد مرجعياً إلي أحكام المعتنق العقدي الجمعي كلما قامت الدولة بتبنيها فارضة لها ما هو مقرر لأصولها وكلياتها من عناصر إلزام ووجوب تتخذ مظهر القواعد القانونية بالنص عليها في التقنينات الرسمية على الرغم من أنها لا تعدو في حقيقتها أن تكون من أصول وكليات المعتنق العقدي الجمعي.

١/٢٣٩ ـ العلاقة بين قواعد التطبيق الضروري وأصول المكون الضروري للدولة: والنظر المتأني لحقيقة الأمر يكشف عن علته، فنظم القانون الدولي الخاص ارتبطت منذ حداثة نشأتها بمظاهر الدولة، من سلطة مركزية ذات سيادة على إقليم محدد، وتشريع رسمي مسنون مفروض من جانبها على ذلك الإقليم بكل قاطنيه، حيث تتهيأ هذه المظاهر السلطوية في تمكن الدولة من فرض قانونها على كامل إقليمها، دون مزاحمة من أي قانون آخر. فإذا كان التطور الذي لحق الأوضاع السياسية وخاصة نظم الدولة القومية المعاصرة بانعكاساتها على الحال القانوني، قد تمخض عن وضع احتكرت الدولة بموجبه آليات الحراك الداخلي للمجتمع ثم احتكار مماثل على مستوى صناعة المفاهيم وصياغة القيم والأنساق السلوكية والثقافية ومن ثم الحضارية، فضلاً عن الخيارات الأيديولوجية التي تولت الدولة اعتناقها وفرض استراتيجياتها وفق رؤاها المصلحية، الأمر الذي ترجم تشريعياً بهيئة قوانين سنتها الدولة وتكفلت بفرضها على الكافة، وكان ذلك جميعه على حساب الخيارات الجمعية، فقد صار منطقياً ومبرراً انحصار القواعد ذات التطبيق الضروري في تلك التي تعكس أصول المكون الضروري للدولة وكليات نظمها. ذلك أنه ليس ثمة قواعد تكون في ذاتها واجبة التطبيق الضروري بالنسبة للدولة سوى تلك التي تعكس أصول وكليات مكونها الضروري، خاصة ما إذا أخذ بالاعتبار ما آل إليه وضع المكون الضروري للجماعة من تجاهل من قبل الدولة في غالب مناحيه، باستثناء بعض من المسائل وثيقة الاتصال بالتكوين الثقافي الجمعي مما

لا سبيل معه لتجاهلها، كمسائل الأحوال الشخصية والميراث التي هي بحكم طبيعتها لا تمثل تهديداً لأي من خيارات الدولة في المجمل الأعم.

٢٣٩/ ٢ ـ قواعد التطبيق الضروري تمثل جوهر فكرة النظام العام: وعلى سند من هذا الفهم، يغدو واضحاً ألا انفصال على مستوى المفهوم بين القواعد ذات التطبيق الضروري والمفهوم الكلي لفكرة النظام العام. فإذا كان هذا الأخير يتأصل منهجاً على أصول وكليات قوى المجتمع، التي تتكون في وضعها المجرد من الفرد والجماعة والدولة، فلا مناص والحال هذه من التسليم بأن القواعد ضرورية التطبيق وفق تقدير الدولة إنما هي تلك التي تعكس قانوناً أصولها وكلياتها. وكونها من أصول الدولة، يبوئها مكاناً بارزاً في المفهوم الكلي لفكرة النظام العام، بمفاد انجدال تلك القواعد بغيرها من قواعد النظام العام داخل ذلك التكوين المفهومي الكلي للفكرة المعنية. بل إنه ووفق الترتيب المنطقي للمسار الذاتي لمفهوم النظام العام، نشأةً وتطوراً، تغدو تلك القواعد ذات التطبيق الضروري جوهر المفهوم الكلي لفكرة النظام العام. فتلك الفكرة مفهوم ابتدعته الدولة القومية المعاصرة بغية فرض مفاهيمها على المجتمع كله. وذلك إبان صراعها الطويل مع النظم الاجتماعية التي كانت سائدة في أول عهدها، ثم استحال بعد إلى آلية قانونية لتثبيت أوضاع تلك المفاهيم المتبناة من قبل الدولة. وعليه فمفهوم ذاك حاله تضحى القواعد ذات التطبيق الضروري في نظر الدولة بالنسبة له بمقام اللب والجوهر. ولا ريب في أن من هذه المفاهيم، التي نتحدث عن جهد الدولة في زرع المجتمع بها، كليات وثوابت تتقعد قانوناً على هيئة قواعد ذات تطبيق ضروري، تستقر في صدارة قواعد النظام العام بالمستوى الذي يضم قواعد المكون الضروري للدولة. ومن ثم فلا فكاك من تأكيد حقيقة وضع القواعد ذات التطبيق الضروري باعتبارها جوهر المفهوم الكلي لفكرة النظام العام.

٢٣٩/ ٣ ـ التمييز بين وظيفة النظام العام الوقائي والاستبعادي: الأمر الذي ما فتئ فقه القانون الدولي الخاص مسلماً به، باعتبار القواعد ذات التطبيق الضروري نظاماً عاماً وقائياً، يتميز بنهجه الوظيفي عن النهج الوظيفي لفكرة النظام العام الاستبعادية الحمائية، فيغدو مناط مفارقة القواعد ذات التطبيق الضروري، فكرة النظام العام بوضعها التقليدي بفرع القانون الدولي الخاص، وظيفياً بالأساس، حال كون الجوهر الموضوعي لكل منهما واحد، يجد مرجعه في المفهوم الكلي لفكرة النظام العام. فإذا كانت القواعد ذات التطبيق الضروري، تنتمي موضوعاً إلى هيكل البناء المفهومي لفكرة النظام العام الكلية، وإذا كان مناط انتمائها لهذا الهيكل متعيناً فيما تعكسه من تقعيد قانوني لأصول وكليات المكون الضروري للدولة، فمن ثم يغدو موضعها معيناً بالأساس في المستوى الفوقي لهذا الهيكل، ذلك المستوى الذي يضم كليات وأصول المكون

الضروري للدولة على ما تقدم. بيد أن ثمة تساؤلين ينطرحان معاً بهذا الخصوص، أولهما عما إذا كانت القواعد ذات التطبيق الضروري، تنطوي على كافة قواعد النظام العام ساكنة المستوى الفوقي أم أنها تشتمل على بعضها فحسب. وثانيهما عما إذا كان من تلك القواعد المعنية ما يجد له موضع قدم بأي مستوى آخر.

٤/٢٣٩ ـ أما عن التساؤل الأول: فالبين من نهج تنازع القوانين وطبيعة ما يثيره من إشكالات، أنه من المنطقي ألا تكون القواعد ذات التطبيق الضروري منطوية على كافة قواعد النظام العام بالمستوى الفوقي. ذلك لكون هذا المستوى إنما يشمل من القواعد، ما تنتظم أموراً تتأبى بطبيعتها عن تصور أن تكون مثار نزاع ذي طابع دولي، كما هو شأن القواعد التي تنتظم أصول الحكم وأشكاله وحدود اختصاصات سلطات الدولة وعلاقاتها بعضها ببعض. حال كون المسائل التي يثيرها القانون الدولي الخاص هي بحكم طبيعتها من مسائل العلاقات البعيدة عن مسائل النظم الدستورية للدولة، فمثل تلك الأمور تستعصي عن تصور أن تكون موضع نزاع في شأن يمس مسألة من مسائل النزاعات ذات العنصر الأجنبي؛ فما الذي يمكن أن يثير أمراً يخص شكل نظام الحكم أو حدود علاقات سلطات الدولة ببعضها البعض، بصدد نزاع يتعلق بعقد ذي عنصر أجنبي. وعليه يبقى التصور الطبيعي للأمر، قابلاً لانطواء القواعد ذات التطبيق الضروري على قواعد النظام العام التي تخص أصول النظم الاقتصادية والاجتماعية بانعكاساتها القاعدية كافة، التي تحتمل التطبيق المباشر على أي من العلاقات الخاصة، كالقواعد التي تتعلق بالشكل الاقتصادي الحاكم والسياسات النقدية وقواعد النظم الضريبية والقواعد التي تخص انضباط الأسواق بمنع الاحتكار وتوفير ضمانات للعمال والمستهلكين ومنع الغرر وكذلك القواعد الخاصة بالتأمينات الاجتماعية وتلك التي تحمي الأطراف الضعيفة في التعاقدات بصورها كافة. فضلاً عن تلك التي تتعلق بالأنساق الاجتماعية السائدة وانعكاساتها، كقواعد الأحوال الشخصية وقواعد المواريث والقواعد التي تنتظم العلاقات بين الأفراد داخل وحدات الانتماء المختلفة من الأسرة الصغيرة إلى الجماعات الفرعية المختلفة، وهي تلك التي تجد لها وفق الأصل مرجعاً بالمستوى الارتكازي الذي يضم من القواعد ما يخص أصول وكليات المكون الضروري للجماعة إذا قامت الدولة بتبنيها في هيئة تقنينات تشريعية، فتغدو من هذا المنطلق قواعد نظام عام منتمية للمستوى الفوقي لا الارتكازي فحسب، وذلك في مفهوم البناء القانوني المعاصر، لتصبح من القواعد ذات التطبيق الضروري كونها تحكم بالأساس علاقات خاصة، يتصور أن تثور بشأنها منازعات ذات عنصر أجنبي مما يستدعي استنفار أحكامها للتطبيق. ذلك هو ما يقتضيه منطق نهج تنازع القوانين، وفق طبيعة ما يثيره من إشكالات، في إطار بيئة انفعال القانون الدولي الخاص.

٥/٢٣٩ ـ التأثير السياسي الدولي في القواعد ذات التطبيق الضروري: بيد أن الأمر ليس بمستقر على هذه الأصول النظرية المنطقية فحسب، وإنما تتداخل عناصر جد متباينة ذات تأثيرات، يمكن أن تباعد بين الأمر وأصل منطقه، وهي في الغالب تأثيرات خارجية ذات أبعاد سياسية، تكمن في تلك المساحة القائمة فيما وراء القانون، فتؤثر على انتظام نهج ذلك الأمر القانوني ورشد انفعاله مما يستدعي تحفظاً نظرياً يجاوز الحد النظري إلى ساحات المتوقع غير المنظور. وعليه فإذا كان القانون الدولي الخاص بعامة ونهج تنازع القوانين بخاصة، وفق طبيعة الأشياء، لا يتصور أن يكون مجال انفعالها سوى تلك القواعد القانونية التي تحكم العلاقات الخاصة، فيما يعرف بقواعد القانون الخاص، فضلاً عن بعض مجالات القانون العام ـ القانون الإداري تحديداً ـ ذات الاتصال المباشر بنشاط الأفراد وعلاقاتهم، فإن القواعد القانونية المتعلقة بنظم الحكم وأشكاله، وهي المعروفة بالقواعد الدستورية، تظل بعيدة كل البعد من حيث مستثيرات انفعالها، عن ساحات نشاط العلاقات القانونية التي تحكمها مفاهيم القانون الدولي الخاص، بأفكاره وأحكامه وقواعده. على أن البادي، أن ثمة بوناً شاسعاً بين دقة ذلك المنطق من حيث ما يجب أن يكون، وبين ما صار كائناً فعلاً، فنتاج تطور سياسي دولي صاحبه قدر غير منكور من التطور على صعيد الكيانات السياسية الدولية، لم تعد الدولة تتمتع من الناحية الفعلية بذات ما كانت تتمتع به من سيادة ومنعة على الصعيد الدولي. إذ صار الأمر إلى وضع عادت فيه للقوة ـ المقدرة وفق مفاهيم معقدة ـ سيرتها الأولى، باعتبارها المصدر صاحب الغلبة في تعيين مقدار ما تتمتع به كل دولة من منعة وسيادة على صعيد العلاقات الدولية، وذلك بفعل التكوينات الدولية التي صارت مهيمنة، على نحو شبه كامل، على حركة النشاط الاقتصادي العالمي، ومن ثم القرار السياسي للدول. إضافة إلى كشف الدول الاستعمارية النقاب عن وجه الأطماع الاستعمارية بعد أن كان قد انسدل عليها الحجاب في أعقاب حركات التحرر التي هزت العالم أجمع بمنتصف القرن المنصرم. هذا فضلاً عما آل إليه حال الدولة ـ السلطة ـ على الصعيد الداخلي، من ضعف يقدر بنسب ما فقدته من سلطان ومنعة فعليين على الصعيد الدولي، ضعف قلل من قدراتها على مقاومة محاولات التدخل الخارجي في شؤونها الداخلية. الأمر الذي انعكس بشكل مباشر على فروع القانون التي تحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، فكان على القمة منها القانون الدولي الخاص، الذي أصيب بتأثر غير حميد لحقه إثر تلك التطورات التي أصابت المشهد السياسي العالمي، إذ ظهرت نظم التحكيم ـ سواء الدولي أم الداخلي ـ بديلاً عن منظومات القضاء الوطني بمحاكمه وشرعيته ومناهجه، وظهرت أنساق قانونية دولية ليست بقوانين بالمعنى الفني الدقيق للقانون وليست بمعاهدات على ما هو معروف بالقانون الدولي العام، وإنما محض

اجتهادات فقهية دولية تتبناها هيئات التجارة العالمية داخل أروقة هيئات التحكيم الدولية. فصار مألوفاً أن تنجر الدول جبراً عنها إلى ساحات التحكيم الدولي، لفض المنازعات التي يمكن أن تثور في خصوص أي تعاقد تبرمه مع أحد الأشخاص الاعتبارية الأجنبية، بغض النظر عما إذا كان نظامها القانوني الداخلي يسمح بذلك أم لا، وبغض النظر عن طبيعة المنازعة ذاتها، وما إذا كانت تستأهل لجوءً إلى تحكيم دولي أم لا، وبغض النظر عن معرفة الدولة بالأنساق القانونية التي تحكم مثل ذلك النزاع أم لا[1]، فضلاً عن شيوع نظم التحكيم الداخلي، حتى صار مألوفاً فض

---

(1) ومن الأمثلة بينة الدلالة على ما تقدم، ما سلف وانتهت إليه هيئة التحكيم الدولية المنعقدة بغرفة التجارة الدولية بباريس في القضية رقم ٢٥٢١ لسنة ١٩٧٥، من أنه ليس بمكنة أي من أجهزة الدولة المحاجة ببطلان قبول شرط التحكيم لانعدام أهليتها في الموافقة عليه وفق صحيح أحكام قانون الدولة الداخلي، إذ اعتبر الحكم، ذاك، من قبيل مخالفة المستقر من قواعد القانون التجاري الدولي ـ وكذلك حكمها الصادر في القضية رقم ١٩٣٩ لسنة ١٩٧١ في منازعة مؤسسة عامة تتبع دولة أفريقية ومشروع إيطالي، حيث ذهب الحكم إلى أن قواعد القانون التجاري الدولي تتأبى بشدة على تمسك الجهاز التابع للدولة ببطلان التعهد الصادر من جانبه بإعمال شرط التحكيم بمحاجة أن قانونه الداخلي يمنعه قبوله شرط التحكيم: انظر د/ حفيظة السيد حداد ـ العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ـ طبعة ٢٠٠١م ـ دار الفكر الجامعي ـ ص٧٢ وما بعدها.

ولا ريب في أن اتجاهاً كهذا ما كان ليظهر في ظل أوضاع سياسية دولية عادية، تمتعت الدولة في ظلها بسلطان سيادة مطلق يأبى انجرارها رغماً عنها للمثول أمام هيئة تحكيم دولية بالمخالفة لقانونها الداخلي، الذي ينكر بشدة أي اختصاص قضائي لغير محاكمه الوطنية. وغريب الأمر، أن نجد من الفقه الوطني من يشايع هذا الاتجاه بدعوى مقاومة أحوال تحايل الدول على تنفيذ تعهداتها، بافتراض مسبق لسوء نوايا الدول في رغبتها التملص من التزاماتها عن طريق المحاجة بقوانينها الداخلية، إذ أن ذلك يتنافر وأصل مفاهيم المشروعية التي بح صوت الفقه الوطني ذوداً عنها، فمن قطعيات المشروعية أن تستوي أعمال أجهزة الدولة موافقة لمقتضى القانون، فإن خالفتها وجب التسليم دون جدال ببطلانها، لا التمسك بالتصرف الباطل واستبقائه بمحاجة حماية الغير، حيث إن مجال حماية هذا الغير إنما هي المحاكم الوطنية للدولة المعنية التي يتعين أن يلجأ إليها كل صاحب حق مطالباً بادعائه، فيجد لديها ما ينشده من نصرة إن ثبت بحقه صحة ادعائه. ومن جانب آخر كيف يمكن الادعاء بعلو الالتزامات الدولية للدولة على التزاماتها الداخلية ممثلة في وجوب الانصياع لأحكام قانونها الداخلي، حال كون الأمر من الناحية الفنية يؤصل التزامات الدولة جميعها على هدى من مقتضيات التكوين الداخلي لنظم المشروعية، التي تبني مناط التزام الدولة على أدوات الشرعية الداخلية ألا وهي الأدوات التشريعية، فمصدر التزام أي دولة من الدول مهما علا شأنها أو انحط قدرها هو قانونها الداخلي، ودونه ليس من التزام عليها، ومن ثم فان تعهدات الدولة الخارجية تجد لزومها من قوانينها الداخلية ـ تحديداً الدستور ومكملاته من وثائق وقوانين ـ التي تفرض عليها أن تصب تلك التعهدات إما في شكل قانون داخلي أو تقرر أن أي تعهد دولي للدولة يعتبر بمثابة القانون الداخلي مباشرة، مما يفيد أن مصدر الإلزام هنا هو إطار المشروعية الداخلي للدولة.

المنازعات التجارية بطريق التحكيم، مما نال لزوماً من قدر هيمنة القانون الوطني على قطاع مهم من التعاقدات التي تبرمها الدولة وأشخاصها الاعتبارية العامة، فنُحي القضاء الوطني عن نظر كثير من المنازعات التي كانت تدخل صميم اختصاصه وفق أصول المشروعية العادية. وعليه فمقاومة هذا الاتجاه أو بأقل تقدير موازنته، يدفع في اتجاه التوسعة ـ وإن نظرياً ـ من نطاق القواعد ذات التطبيق الضروري، لتمتد شاملة أصول وكليات المكون الضروري للدولة كافة، بما فيها من نظم تخص شكل الحكم وهيئة مؤسساتها وحد اختصاصاتها، فضلاً عن أطر المشروعية الضابطة من نظم قانونية وقضائية، حفاظاً على السيادة الوطنية من إطلالات الغزو القانوني الدولي لنظمها القانونية.

٢٣٩/ ٥/ ١ ـ وعليه وبهدى مما تقدم، يغدو لازماً اعتبار كافة قواعد النظام العام ساكنة المستوى الفوقي، التي تعكس أصول وكليات المكون الضروري للدولة، من القواعد ذات التطبيق الضروري، دونما تمييز داخلها بين تلك التي تخص النشاطات الفردية بشكل مباشر، والقواعد الدستورية التي تضبط أصول الحكم وأشكاله ومناهجه فضلاً عن مؤسسات الدولة وحدود اختصاصاتها وأشكال العلاقات فيما بينها، حتى إذا أثير شأن فيه مساس بأي من تلك الأمور، كان مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري متهيئاً لمواجهته باعتباره المفهوم القائم على صون أصول وكليات المكون الضروري للدولة، منعاً لأي مزاحمة متصورة لها من قبل أي قاعدة أجنبية.

٢٣٩/ ٦ ـ **أما التساؤل الآخر**: المتعلق بما إذا كانت القواعد ذات التطبيق الضروري، تجد لها موطئاً بأي من مستويي الهيكل المفهومي لفكرة النظام العام

= ويزاد على ذلك، أنه وفي خصوص المنازعات التي تثور بشأن التعاقدات التي تبرمها الدول مع أي من الأشخاص الاعتبارية سواء الأجنبية أم الدولية، غالباً ما نصادف أبعاداً سياسية تكون ذات أثر مباشر في إثارة موضوع النزاع، كما في نزاع الشركة الوطنية الليبية للبترول وشركة sun oil حيث كان للحظر الذي قررته حكومة الولايات المتحدة الأمريكية دور مباشر في توقف الطرف الآخر الأمريكي عن أداء تعهدته ـ انظر: د/ حفيظة الحداد ـ المرجع السابق ـ ص١٠٠، أو أن يكون ثمة غبن لحق بالدولة (الطرف الوطني) نتاج ظروف سياسية غير عادية تدفعها فيما بعد إزاء استقامة الظرف السياسي العام إلى المطالبة بإعادة التوازن إلى العقد، كما في الأزمة التي ـ ثارت ما بين الدولة الإيرانية والشركة الأنجلو ـ إيرانية ـ انظر ذات المرجع ـ ص١٧٦ وما بعدها، إذ يبين من تلك المنازعات جلها أن الوضع القانوني الداخلي للدولة لم يكن موضع اعتبار البتة، إلا بنزره اليسير، حال كان الاعتبار الأساس في تقرير شأن تلك المنازعات وحسمه شكلاً وموضوعاً، ما يحوزه كل طرف من عناصر قوة سياسية، الأمر الذي ينجلي معه طابع تلك المنازعات، مما يتعين أن يكون موضع تقدير فقهي عند دراسته، لا الانسياق وراء ما يقال من حجج هي بالأساس تكريس لوضع تهيمن فيه أطراف اقتصادية بما تحوزه من قوة سياسية واقتصادية على الدولة الأقل قوة وقدرة على حماية مقدراتها.

الآخرين. فالمستظهر مما تقدم أن القواعد ذات التطبيق الضروري، التي هي بالأساس قواعد نظام عام منطوية على أصول المكون الضروري للدولة، إنما يتعين أن تنحصر تحديداً، وفق التحليل المنقضي، في قواعد النظام العام الكائنة بالمستوى الفوقي للهيكل المعني فحسب. بيد أن حقيقة الأمر ليست على هذا النحو المبسط إذ إن القواعد القانونية بصفة عامة قواعد شديدة التركيب والتعقيد، سواء من وجهة مصادرها ومرجعياتها أم من وجهة المصالح التي تحميها. فكم من القواعد التي تسنها الدولة وتجد مرجعيتها في أصول المكون الضروري للجماعة ذاتها، وكم من القواعد التي تتقرر من قبل الدولة ملاقية لمقاومة جمعية مبتدأة، سرعان ما تتبدل لتصير مطلباً جمعياً بالأساس، كالدستور المصري الصادر سنة ١٩٢٣، وعليه فالأمر من بعد يلزمه قدر من الروية في تقدير حد القواعد ذات التطبيق الضروري والمساحات التي تشغلها بهيكل مفهوم فكرة النظام العام.

٢٣٩/٦/١ ـ المستوى الفرعي: بداية يتعين العرض للمستوى الفرعي من هيكل مفهوم النظام العام، إذ العلاقة ما بين القواعد ذات التطبيق الضروري ومحتوى ذاك المستوى لا تثير كبير إشكال. فقواعد النظام العام الفرعية ساكنة المستوى الفرعي، وعلى ما تقدم، هي بحكم الطبيعة قواعد جزئية فرعية، الأصل فيها أنها لا تنطوي على أي من كليات المكونات الضرورية، لأي من قوى المجتمع الثلاث، وإنما هي تعكس الأحكام الفرعية للقواعد الكلية التي ينطوي عليها كل من المستويين الارتكازي والفوقي بتفاصيلها الجزئية، التي ينتظم بها هيكل البناء المنظومي لكل قاعدة كلية. فقاعدة النظام العام سواء الارتكازية أو الفوقية، هي بالأساس قاعدة كلية مجملة تأتي بالأصل المقرر فحسب، واضعة النهج الكلي للمسألة، لتتوقف عند هذه الحدود، تاركة للمستوى الفرعي احتواء القواعد التفصيلية الجزئية التي بها تتهيأ القاعدة الكلية للتنفيذ، متكيفة في هيئة منظومية متكاملة. الأمر الذي يحدو بنا إلى التسليم بأن تفعيل أي من قواعد النظام العام الارتكازية أو الفوقية، في الغالب الأعم منها يتوقف على انتظامها في قواعد فرعية تفصيلية. تلك القواعد الفرعية ليست جميعها على ذات القدر من الأهمية، بالنسبة لأصولها الكلية الكائنة في أي من المستويين الارتكازي أو الفوقي، إذ من تلك الفرعيات ـ إن جاز التعبير ـ ما يتصل اتصالاً معقولاً مباشراً بقواعده الكلية، ومنها ما لا يتحقق له هذا القدر من الاتصال.

مثال ذلك القاعدة القانونية التي تقرر سلطة الدولة في تعيين سعر صرف عملتها المحلية وأسعار صرف العملات الأجنبية، تلك القاعدة التي تمنح الدولة هذا السلطان هي قاعدة نظام عام فوقية، حال كون هذه القاعدة تنطبق ـ أو بتعبير أصوب تتكامل منظومياً ـ بعدد من القواعد الفرعية تتقرر على هداها الأدوات القانونية التي تمكن الدولة

من تعيين السعر المحدد والكيفية التي يمكن بها تحريك هذا السعر وهوامش تذبذبه داخل الحدود المسموح بها. تلك القواعد جميعها تعد من قواعد النظام العام الفرعية، ولكن منها ما تزيد أهميته من وجهة الاتصال المعقول المباشر بالقاعدة الأصل التي تمنح الدولة سلطان تعيين أسعار صرف العملات، كالقاعدة المقررة للسعر المعلن، تلك القاعدة تكون ذات اتصال وثيق في معقوليته ومباشرته بالقاعدة الأصل آنفة الإشارة. ومثال آخر القاعدة التي تصون الملكية الفردية، تلك قاعدة نظام عام كلية تسكن المستوى الفوقي، بيد أنها تتكامل منظومياً بعدد من القواعد الفرعية التي تكفل للملكية الفردية الحماية اللازمة، كالقواعد التي تمنع المصادرة وتلك التي تنتظم أسلوب نزع الملكية للمنفعة العامة وتلك التي تقرر الحق في التعويض العادل، كل هذه القواعد هي قواعد نظام عام فرعية ذات اتصال معقول ومباشر بالقاعدة الأصل. بينما توجد قواعد أخرى تعمل بدورها على تكامل هذه المنظومة، وهي دون ريب من قواعد النظام العام لكنها ليست على ذات قدر الاتصال المعقول والمباشر بالقاعدة الأساس. كالقواعد التي تقرر التفاصيل الإجرائية لنزع الملكية وتلك التي تقرر القواعد التي على أساسها يتعين التعويض العادل، فتلك جميعها من قواعد النظام العام لكنها ليست ذات اتصال مباشر وثيق بالقاعدة الأساس. ومثال ثالث على هذا، القاعدة التي تقرر اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات كافة، فهذه قاعدة نظام عام فوقية تعين اختصاص إحدى سلطات الدولة، ويرتبط بها عدد من القواعد النظامية الفرعية التي يتكامل بها البناء المنظومي للاختصاص القضائي بكل دولة من الدول، كتلك القواعد التي تقرر الاختصاص النوعي للمحاكم، وتلك التي تقرر طرق التداعي أمامها، فهذه ذات اتصال وثيق ومباشر بالقاعدة الأساس التي تمنح اختصاصاً أصيلاً للنظام القضائي لأي دولة بالفصل في المنازعات. وهناك من القواعد التي يتكامل بها الإطار المنظومي للاختصاص القضائي ما لا يتحقق لها ذات القدر من الاتصال المباشر المعقول بالقاعدة الأساس، كتلك التي تقرر مواعيد التداعي وإجراءاته والاختصاص المحلي للمحاكم المختلفة.

٢٣٩/٦/٢ ـ والبادي مما تقدم ـ واستقراءً لما سبق من أمثلة ـ أن مناط التمييز ما بين هذين الصنفين من قواعد النظام العام الفرعية، مكمنه تفعيل القاعدة الأساس، فما لا تنفذ القاعدة الأساس إلا به، هو قاعدة نظام عام فرعية ذات اتصال وثيق.

٢٣٩/٧ ـ وعليه فالعبرة حائلذ بجوهر الحكم الذي تحمله القاعدة الفرعية، من وجهة توقف نفاذ القاعدة الأساس عليه، فإن كان كذلك، غدت قاعدة وثيقة الاتصال، وإلا فهي منتسبة للصنف الآخر. فإذا كانت القواعد ذات التطبيق الضروري هي بالأساس محاولة تصنيفية أتاها فقه القانون الدولي الخاص، في ظل مفاهيمه وأفكاره المخصوصة، بغية خص قواعد النظام العام الفوقية بحماية متفردة تتأبى على معاملتها

على ما يتم به التعامل مع باقي القواعد القانونية الأخرى، لتكون القواعد ذات التطبيق الضروري عصية على المزاحمة، أياً كان شأن القاعدة المزاحمة ـ والفرض أن المزاحمة تأتيها القواعد الأجنبية بالأساس ـ وإذا كانت قواعد النظام العام الفرعية وثيقة الاتصال المباشر بقواعد النظام العام الفوقي، هي تلك التي تنفعل بها الأخيرة وتدخل عن طريقها حيز النفاذ، مما يجعل في غيابها تعطيلاً لقواعد النظام العام الفوقية. إذا كان كل ذلك كذلك، غدت قواعد النظام العام الفرعية وثيقة الاتصال المباشر بأي من قواعد النظام العام الفوقية، من القواعد ذات التطبيق الضروري، فتأخذ حكم القاعدة الأساس، لتصير بدورها عصية على المزاحمة من قبل أي قاعدة أجنبية، متمتعة بالتفرد الحمائي الذي تمتعت به القاعدة الأساس، واجبة التطبيق الفوري بمجرد ظهور الحاجة إليها. وعليه تغدو القواعد ذات التطبيق الضروري، متسعة لتشمل إلى جانب قواعد النظام العام الفوقية، ما يرتبط بها من قواعد النظام العام الفرعية ذات الاتصال الوثيق المباشر. الأمر الذي يفيد امتداد ذلك المفهوم الخاص بالقواعد ذات التطبيق الضروري إلى خارج إطار المستوى الفوقي، أي إلى المستوى الفرعي بقواعده وثيقة الاتصال المباشر بأي من قواعد النظام العام الفوقية.

٢٤٠ ـ **المستوى الارتكازي**: إذا كان تحليل شأن المستوى الفرعي لم يثر كبير لبس في هذه الخصوص، فإن شأن حدّ علاقة المستوى الارتكازي بالقواعد ذات التطبيق الضروري إنما يشوبه غموض مشكل. إذ أصل القواعد ذات التطبيق الضروري أنها تلك القواعد التي تلازم تدخل الدولة بغية توفير كامل الصون للمصالح الحيوية والضرورية لهذه الدولة اقتصادياً وسياسياً واجتماعياً، هذا الصالح الأخير هو ما يثير اللبس لدينا. فهل مفاد استهداف الصالح الاجتماعي، انطواء القواعد ذات التطبيق الضروري على تلك الأصول الجمعية التي تنعكس في شرعة قواعد النظام العام الارتكازية أم أن بالأمر تصوراً آخر؟ كان من اليسير الجواب إيجاباً، لو لم يكن ثمة محدد آخر يتدخل في تقدير القواعد ذات التطبيق الضروري، ألا وهو النشاط التدخلي للدولة، لتأسس مفهوم تلك القواعد على فرضية صيانة أصول الدولة ونظمها في مواجهة كل مزاحمة متصورة من القوانين الأجنبية. فكيف يتأتى التوفيق بين الشأنين معاً، تحقق الصالح الجمعي والفرض التدخلي للدولة.

٢٤٠/١ ـ الأصل في النظام العام الارتكازي، كونه تلك الأصول والكليات الجمعية، التي يتأسس عليها الوجود الضروري للجماعة والأفراد، التي دونها لا ينتظم الشأن الجمعي ولا الشأن الفردي ويتهاويان كلاهما. بيد أنه نظراً للتطور السياسي العام لمشهد الاجتماع البشرى، وما صارته الدولة في مواجهة كل من الجماعة والأفراد، فثمة محصلة ـ سلف وأشرنا إليها ـ تخلص في هيمنة سياسية كاملة للدولة، توفرت خصماً من

قدرات الجماعة بهذا الشأن، تلك المحصلة السياسية العامة صار لها سلطان متفرد على صعد معادلات الاجتماع البشري المعاصرة كافة. مما تمكنت معه الدولة من الانفراد بالتسيير الاجتماعي للمجتمع كله، بكل ما به من كيانات سياسية وجمعية وفردية، فصارت مصدر أنساق القيمة الجمعية بل ومرجع كل ضروري اجتماعي. وعليه قامت الدولة بتأميم صنعة القانون لصالحها كاملاً، وغدت بذلك المقرر الأوحد لمنهج المشروعية بأي مجتمع. على أن الأمر لم يكن ليخلو للدولة بهذا القدر من البساطة، فالجماعات هي من التعقيد بما يجعلها تتأبى على أن تسلم قيادها بهذا اليسر للغير، وإن كان هو ممثلها الشرعي، على ما يدعيه، فكان أن تترست بأخص مكنوناتها، ألا وهي أصول وجودها الضروري، الذي ما فتئت حياتها دائرة معه وجوداً وعدماً، مدافعة عنه ضد محاولات التدخل الرسمي للدولة بكل ما أوتيت من قوة، فكان لها ما شاءته أحياناً وكان للدولة ما شاءته أحياناً أخرى. بيد أن ذاك الصراع أفرز عقيدة لدى الدولة، ألا وهي أن استتباب أمر أمنها وانتظام شأن صالحها، رهين في أحد محدداته بترضية الجماعة والأفراد، بالإبقاء على ذاك النزر اليسير من مطالبهما المتمثلة في أصول مكونهما الضروري، وبما لا يعارض أصول المكون الضروري للدولة وطموحاتها، تلك المتمثلة في الأهداف البورجوازية للدولة المركزية المعاصرة[1]. وهكذا تهيأ هذا النزر، في أصول المكون العقدي بتداعيه على مستوى العلاقات الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، حيث عمدت الدولة إلى تبني تلك المفاهيم العقدية في إدارتها شأن الأحوال الشخصية لجماعاتها، هذا من جانب. ومن آخر لعب القضاء دوراً بارزاً في تأويل القواعد القانونية الصادرة من الدولة، كي تنتظم مع توقعات الجماعة دون أن يباعد مقاصد الدولة منها. ومن جهة أخرى، فإن ثمة حقيقة غدت جلية، لا فكاك من التسليم بها، ألا وهي تنحي الجماعة شبه الكامل عن الإسهام في تشكيل أطر المشروعية، حيث احتكرته الدولة، مانعة أياً من القوتين الأخريين من المشاركة في نظمه. تلك الحقيقة، أفضت إلى أنه لم يعد متصوراً وجود قاعدة قانونية هي من صنع الجماعة مباشرة، بتقدير الانزواء شبه الكامل لدور العرف في الحياة القانونيـة المعاصرة. وعليه تقوقع كل تأثير للجماعة في النظام القانوني الوضعي، فيما تقرر الدولة تبنيه من أصول عقدية في مقام مسائل الأحوال الشخصية، وما يؤوله القضاء بمعرض تفسير النص القانوني، كي ينسجم

---

(١) على أنه حتى هذا الأمر لم يكن بالهين، فما انفكت محاولات الدولة تترى تدخلاً في أخص مكونات الإطار العقدي للجماعة، بل إن ثمة قطاعاً عريضاً من هذا الإطار لعبت الدولة على تبديله، ألا وهو نسق الأخلاق السائدة، إذ ما فتئت الدولة مدفوعة بأهداف بعضها اقتصادي وبعضها سياسي متعلق بأدوات السيطرة على الجماعة، عابثة بهذا الأصل العام، محققة ـ للأسف ـ قدراً بعيداً من النجاح بهذا الخصوص.

وتوقعات الجماعة، وغير ذاك فلا دور للجماعة في تهيئة أطر المشروعية.

٢/٢٤٠ ـ وعليه وفي ظل مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري، وبهدي من وضعه المضموني والمقصدي، يضحى عصياً التسليم بوجود قواعد نظام عام ارتكازي ضمن إطار القواعد ذات التطبيق الضروري. فالفرض بالأخير وجود قواعد قانونية محددة، تتفتق عن تدخل من قبل الدولة، المدفوعة بدورها تحت ضغط مصالحها العليا، إلى سن مثل تلك القواعد القانونية، ثم إلى تصنيفها على نحو ما هو مقرر بالقواعد ذات التطبيق الضروري، لقطع كل سبيل أمام أي مزاحم أجنبي لها. الأمر الذي لا يتوفر لقواعد النظام العـام الارتكازي، التي هي بالأساس، قواعد جمعية تحمل خصائص أصول وكليات المكون الجمعي، التي لم يتم إفراغها بالشكل القانوني الذي تستوجبه قواعد المشروعية الإجرائية للنظم القانونية المعاصرة. الأمر الذي يخلص معه إلى عدم انضواء القواعد ذات التطبيق الضروري على أي من قواعد النظام العام الارتكازي، وفق مفهومنا لها. بيد أن ذاك لا يعنى أن تلك القواعد ينعدم كل اثر لها داخل مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري، إذ يبقى ظلها محيطاً ذلك المفهوم عن طريق ما تتبناه الدولة من قواعد قانونية ارتكازية، تصدرها الدولة بهيئة تشريع وضعي، مقررة تبنيه كأصل من أصولها. وكذلك يوجد للقواعد الارتكازية موضع قدم بالقواعد ذات التطبيق الضروري، عن طريق التطبيق القضائي لما يعرض لـه من حلول، هي بحقيقة الأمر تأويل للنصوص القانونية على ما يتفق والتوقعات الجمعية. ويبقى لقواعد النظام العام الارتكازي تأثير مباشر على المفهوم الكلي لقواعد النظام العام، حسب رؤية القانون الدولي الخاص، وذلك عن طريق مفهوم النظام العام الاستبعادي، على ما سوف يتبين لاحقاً.

المطلب الرابع

النظام العام الاستبعادي الحمائي
(مفهوم الدفع بالنظام العام)

٢٤١ ـ تمهيد: سبق أن عرضنا إيجازاً لتطور منهج التنازع بين القوانين الأجنبية، ما رأينا معه كيف أن ظهور مفهوم النظام العام في هذا الفرع القانوني، كان بغية استبعاد القوانين الأجنبية من التطبيق في بعض الأحوال، كالقوانين الخاصة بالأمن المدني والملكية العقارية، وذلك عند القائلين بشخصية القوانين. والحق أنه لم يكن استخدام فكرة النظام العام بوصفها الحمائي حتى ذلك الحين يتم باعتباره دفعاً استبعادياً كما تقرر بعد، وإنما باعتباره فكرة مسندة تحوي من المسائل ما يخضع للقانون الإقليمي، استثناء من الأفكار التي تقوم على مبدأ شخصية القوانين[١]. ثم تطور الأمر قليلاً بعد ذاك على يد الفقيه «سافيني»، حيث صارت فكرة النظام العام تستخدم صراحة دفعاً استبعادياً للقوانين الشخصية، في أحوال انقطاع الاشتراك القانوني بين قانون دولة القاضي والقانون الشخصي الأجنبي[٢]، إلى أن كان إرهاص الدولة القومية بتكوينها المعاصر، حيث بدأ التباين بين الأنظمة القانونية المختلفة يزيد حدة، خلافاً لحال أوضاع أوروبا حينما كانت مشرذمة بهيئة الإمارات ودويلات قبيل القرن التاسع عشر مما زاد معه النزوع الوطني المختلط بمفهوم السيادة، ليصير التنازع بالأساس تنازعاً بين سيادات الدول ذاتها، مما اقتضى إيجاد آلية ـ وسيلة فنية ـ تحد من عدوان القوانين الأجنبية على النظام القانوني الوطني، فكانت فكرة النظام العام.

١/٢٤١ ـ ماهية الدفع بالنظام العام: انعقد اتفاق سائر التشريعات، على وجوب استبعاد القانون الأجنبي عند مخالفته للنظام العام الوطني، سواء تمثلت هذه المخالفة في التناقض الحاد بين القانون الأجنبي والقانون الوطني، أم في مجرد عدم معرفة القانون الوطني بالقاعدة الأجنبية. وأصل ذلك الفهم أنه إذا كان نهج التنازع في النظم القانونية المعاصرة قد صار مؤسساً على هدى من منهجية الإسناد، حيث تقرر قواعد الإسناد أي القوانين المتعلقة بالمنازعة هو الأكثر اتصالاً بها فيكون أولى بحكمها، فثمة من التهديد ما غدا متصوراً للنظام القانوني الوطني من جراء احتمال تعين قواعد أجنبية

---

(١) د/ عكاشة عبد العال ـ المرجع السابق ـ ص٤٧٢.

(٢) المرجع السابق ـ ص٤٧٣.

تتضمن مخالفة لكليات أو أصول المجتمع، سواء ما خص منها الجماعة أم ما خص منها الدولة، تلك الأسس المنعكسة بهيئة قواعد قانونية متعلقة بالنظام العام. ما لم يكن معه، والحال هذه، فكاك من إيجاد آلية قانونية، أي وسيلة فنية، تمثل صمام أمن لحماية النظام القانوني الوطني لدولة القاضي في هذه الحالة. فكان الدفع بالنظام العام بمفهومه الاستبعادي، حيث يستطيع القاضي إعماله حالما تتعين من القواعد الأجنبية ما يرى فيه تناقضاً مع نظامه القانوني فتتنحى تلك القاعدة عن حكم المسألة، ويعود للقانون الوطني حاكميته الأولى. والراجح فقهاً أن الدفع بالنظام العام، يعرف باعتباره دفعاً موضوعياً لا إجرائياً، يوجه إلى مضمون القانون الأجنبي الذي يخالف بصورة صارخة وفجة أسس القانون الوطني. مما يفيد أن إثارته ترتبط حيوياً بمصادمة القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام بدولة القاضي ونظامه القانوني فلا سبيل لإثارته حال انتفاء مثل هذا الصدام بين النظامين القانونين[١]. الأمر الذي يحدو بالفقه في أرجح آرائه إلى نفي إثارة هذا الدفع، لمجرد وجود اختلاف أو تباين بين القانونين، إذ ذاك وحده غير كاف لإعمال الدفع بالنظام العام واستبعاد القانون الأجنبي، وإنما الأمر يتطلب تناقضاً حاداً بين أسس النظامين القانونيين، تناقضاً يخلق نوعاً من الحال الصدامي بينهما، يستحيل معه إمكان تصور تعايشهما سوياً، مما يستلزم تنحية القانون الأجنبي وإعمال القانون الوطني[٢]. وهو تناقض لا يقتصر على التعارض بين المنظومتين القانونيتين فحسب، وإنما يتوفر فضلاً عن ذلك، في أحوال جهل المنظومة القانونية الوطنية للنظام المقرر بالقانون الأجنبي المتعين. ويشير الفقه إلى أنه ما من نظام قانوني إلا وعرف هذا الدفع[٣]، وهو ما تبناه القانون المدني المصري بصدر المادة (٢٨) منه، التي جرت على عدم جواز تطبيق أحكام أي من القوانين الأجنبية التي عينتها قواعد الإسناد المعنية، حال مخالفتها للنظام العام أو الآداب في مصر.

٢/٢٤١ ـ الأساس القانوني للدفع بالنظام العام: استقر الفقه على أن أساس تطبيق القوانين الأجنبية وفق منهج التنازع، إنما هي قواعد الإسناد، إي إرادة المشرع الوطني فيما ارتآه من كون القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة إسناده، يعد الأنسب لحكم هذه العلاقة لاعتبارات حاجة المعاملات الدولية والعدالة[٤]. ولكن لما كان مفهوم الدفع بالنظام العام الاستبعادي، في حقيقته تعطيلاً لقاعدة الإسناد وإحلالاً لقاعدة أخرى

---

(١) د/ عكاشة عبد العال ـ المرجع السابق ـ ص٤٩١.

(٢) د/ عكاشة عبد العال ـ المرجع السابق ـ ص٤٩١، ٤٩٢.

(٣) د/ عز الدين عبد الله ـ المرجع السابق ـ ص٥٣٧. وانظر أيضاً د/ أحمد عبد الكريم سلامة ـ المرجع السابق ـ ص٥٨٩.

(٤) د/ عز الدين عبد الله ـ المرجع السابق ـ ص٥٣٩.

موضعها، ألا وهي القاعدة الوطنية، وكان من المسلم به أن الأمر متروك للقاضي لتقدير كل حال على حدة، فيما إذا كان القانون الأجنبي أو القاعدة الأجنبية، مخالفاً للنظام العام أم لا، فقد تعددت الأسس الفقهية لتبرير استبعاد القانون الأجنبي. وإذ قيل بعديد من الأسس بهذا الشأن، فإن فكرة الاشتراك القانوني كانت هي المتسيدة بهذا الخصوص، بما تعنيه من أن البلاد التي تربطها وحدة الثقافة القانونية والفكر القانوني ـ كشأن البلاد التي ورثت القانون الروماني وسادت بها نظم القانون الكنسي ـ يتحقق لديها مفهوم موحد عن العدالة، ومن ثم يكون مسموحاً تطبيق القانون الأجنبي في أحوال تحقق الاشتراك القانوني بينه والقانون الوطني، مراعاة لحاجات المعاملات الدولية واعتبارات العدالة، لما يوفره هذا الاشتراك من وحدة رؤية في تقدير العدالة بين القانونين. أما حيث تنقطع هذه الوحدة وحيث ينتفي هذا الاشتراك القانوني، فان الأمر مجاله استحالة التوفيق مطلق بين النظام القانوني الوطني والنظام القانوني الأجنبي، للاختلاف في رؤية العدالة وتقدير اعتباراتها، مما يستحيل معه تطبيق القانون الأجنبي. بيد أنه إزاء نشاط حركة التقنين طوال القرنين التاسع عشر والعشرين، وللتباين في التيارات الثقافية والأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي بات يتأثر بها مشرعو الدول المختلفة، فما عادت فكرة الاشتراك القانوني صالحة لتأصيل مفهوم الدفع بالنظام العام، إذ تباينت الرؤية للعدالة من مشرع لآخر رغم تحقق الاشتراك القانوني، ورغم ما قد يكون بين الدول من وحدة في الأصول العامة، إذ صار منطلق كل مشرع في تقدير هذه العدالة غير متوقف عند حدود الإطار المرجعي القانوني فحسب، وإنما تعددت منطلقاته وفق الموقف الأيديولوجي العام لدولة المشرع فضلاً عن الأبعاد الثقافية والأخلاقية لجماعته. الأمر الذي أفرز تعدداً للحلول في التشريعات المختلفة، بحيث لم يعد ثمة إطار أو أطر محددة تتوزع عليها التشريعات المختلفة، وإنما صار لكل تشريع نهجه المخصوص في حل مشكل تنازع القوانين. فدول كالولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا وإيطاليا وإنجلترا، لا خلاف في توحدها في أصول المدنية الحضارية، وبين كل من إيطاليا وفرنسا ما بين كل من الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا، من تقارب في النظم القانوني العام، إلا أنه لكل من هذه الدول جميعها، أطره الثقافية المتميزة والقانونية الخاصة، ولكل من هذه الدول منطلقاته الأصولية وطموحاته المصلحية المخصوصة، التي تجعل وحدة الاشتراك القانوني بينها غير ضامنة لعدم وقوع تعارض بين قواعدهما القانونية عند تعين قانون أي منها واجباً للتطبيق لدى أي دولة أخرى.

٣/٢٤١ ـ الأمر الذي غدا معه، أساس الدفع بالنظام العام الاستبعادي هو نفسه أساس تطبيق القانون الأجنبي وفق منهج التنازع. فإذا كان الأخير قائماً على مفهوم نهج الإسناد من جهة تخير المشرع أنسب القوانين اتصالاً بالمنازعة لحكمها. وكان تكوين

هذه القواعد، مؤصلاً على كون المشرع لا ينظم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ببيان موضوعي للأحكام التي تخضع لها، وإنما بإسناد حاكميتها لقانون يعينه في ضابط الإسناد، بتقدير صلاحيته النظرية لحكم المنازعة وفق معيار القانون الأوثق اتصالاً بالعلاقة. وإذا كان المشرع وهو ينظر لذلك الأمر غير مطلع أو غير عالم بأحكام القوانين التي أحال إليها، جاهلاً ما يفضي إليه هذا الإعمال من الناحية التطبيقية على كيان نظامه القانوني فضلاً عن آثاره، وإذ كان لا يعقل تصور قبول المشرع تطبيق قانون أجنبي، بغض النظر عن أثره. فلكل ذلك وجب لزوماً منح القاضي من الوسائل القانونية ما يمكنه من استبعاد الأحكام الأجنبية التي يتعذر قبولها من قبل النظام القانوني الوطني، تلك الاحكام التي ما كان بمكنة المشرع التنبؤ بها عند تقعيده للإسناد الذي أتى بهذا الحكم الأجنبي[1]. وعليه فان الدفع بالنظام العام الاستبعادي، يعد جزءاً أصيلاً من نهج الإسناد، يتأسس على ما يقوم عليه الأخير، من اعتبارات تتعلق بالعدالة وحاجات المعاملات، وذلك جميعه في إطار من الشرعية المستلزمة لصحة الأعمال جميعها، القانوني منها والمادي. فإذا كانت قواعد تنازع القوانين تهدف إلى تحقيق التعايش السلمي المشترك بين النظم القانونية جمعاء، دون اعتداء من أيها على الآخر نشداناً للعدالة وتيسيراً لمعاملات الأفراد الدولية، فما ذلك بمستطاع دون أن يكون ثمة توافق كامل بين هذه النظم، فان ثبت تناقض بينها بهذا الخصوص استحال التعايش السلمي المفترض، وصار ثمة عدوان من أحدهما على الآخر، ما يستلزم التفريق بينهما، واستدعاء القانون الأصل الذي هو قانون القاضي. فقانون القاضي هو عين العدل وعنوان الحق داخل مجتمع دولته، مما يلزم افتراض أفضليته لتحقيق اعتبارات العدالة المنشودة، فضلاً عن صلاحيته لضبط معاملات الأفراد. فإذا كان المشرع قد رأى في حال من الأحوال وفق نهج التنازع أن ثمة قاعدة أجنبية قد توفر هذه الاعتبارات مما حدا به للإحالة إليها دون قانونه الإقليمي، فما ذاك إلا قرينة بسيطة، قابلة لإثبات العكس على صلاحية القاعدة الأجنبية لتوفير أعلى قدر متصور من العدالة والموافقة لاعتبارات حاجات المعاملة موضع التشريع، أي قرينة على تواؤم القاعدة الأجنبية مع النظام القانوني الوطني عند تطبيقها من قبل القاضي الوطني تواؤماً يعادل التواؤم المتصور من جانب المشرع بين هذه القاعدة الأجنبية والاعتبارات المقدرة عند تخيره إياها لحكم العلاقة. فإن بدا اختلال تلك القرينة في أية لحظة من اللحظات وعدم صلاحيتها لتحقيق المستهدف منها، وجب استبعادها فوراً. فالمشروعية غاية من

---

(١) د/ عكاشة عبد العال ـ المرجع السابق ـ ص٤٦٨. وانظر أيضاً د/ منصور مصطفى منصور ـ مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين ـ طبعة ١٩٥٦ ـ ١٩٥٧ ـ دار المعارف بمصر ـ ص١٣٢ وما بعدها.

غايات المجتمعات تنضبط بها وداخلها كل القوى المجتمعية، ويتحقق على هداها التناغم المنشود لكافة الأنشطة المجتمعية، الأمر الذي لا يتصور معه سوى العمل على صونها والذود عنها ما أمكن إلى ذلك سبيلاً. مما يستحيل معه التضحية بها لصالح أي اعتبار من الاعتبارات، وإن كانت حاجات المعاملات الدولية. فيبقى دوماً أصل المشروعية هدفاً وغاية لا فكاك منها، فإن ثبت إنجراحها بالقانون الأجنبي المعين من قبل المشرع بقواعد إسناده، وجب تنحيتها انتصاراً للمشروعية الوطنية.

٢٤١/٤ ـ ومن جانب آخر، فان المشرع وقد ناط بالقضاء ولاية الفصل في المنازعات، لم يكن يقرر له سلطاناً مطلقاً بهذا الخصوص، وإنما جعلها ولاية محدودة مقيدة بلزوم القضاء وفق قواعد المشروعية المقررة. وعليه فان صحة ما يقضى به إنما تتوقف على مدى انضباطه وفق المشروعية المعنية. وعلى أصل من هذا الفهم، اعتبرت قواعد الإسناد التي سنها المشرع، أفضل الحلول المتصورة موافقةً للعدالة واعتبارات حاجة العلاقات الدولية، وذلك جميعه بفرض مسبق، يتمثل في عدم مخالفة هذه الحلول لقواعد المشروعية. الأمر الذي حدا به إلى تقرير وجوب موافقة تلك القواعد القانونية الأجنبية، للمشروعية العليا في المجتمع ممثلة في قواعد النظام العام، فإن هي خالفت أياً من هذه الأخيرة، وجب تجاهل القاعدة الأجنبية وإعمال مقتضى القانون الوطني انتصاراً للمشروعية الوطنية. والتزام القاضي الولائي بضرورة استواء عمله موافقاً للمشروعية يلزمه ألا يقضي بما يناقض نظامه العام، الأمر الذي يستتبع وجوب استبعاده لأي قاعدة أجنبية تشير إليها قواعد الإسناد، إن ثبت تناقضها مع قواعد النظام العام الوطني، وإلا فان قضاء القاضي يكون باطلاً لتجاوزه إطار المشروعية المقرر له القضاء على أصل منه. الأمر الذي يحدو بنا إلى التسليم، بأن عدم النص على وجوب استبعاد القانون الأجنبي، حال ثبوت مخالفته للنظام العام، ما كان ليغير من الأمر شيئاً، إذ أن ولاية القاضي المحدودة بأصول المشروعية المقررة، إنما تستوجب منه الالتصاق بها دون انحراف أو خرق، وإذ كانت تلك المشروعية موزعة على درجات متراتبة، يستوي على القمة منها قواعد النظام العام الارتكازي ثم الفوقي، فضلاً عما هو مقرر من مشروعية إجرائية بالوثائق الدستورية، فقد غدت تلك قيداً لا مناص عنه ولا فكاك منه، ضابطاً لعمل القاضي، مما يستتبع معه وجوب التزامه إياها، وإن كان ذلك على حساب قواعد الإسناد التي توجب عليه إعمال قانون أجنبي معين. فولاية القانون الأجنبي عندئذ، هي ولاية تقررها قواعد التشريع العادي، حال كون قواعد المشروعية العليا مقررة بالنظام العام الارتكازي والفوقي، وتلك المشروعية أعلى درجة وأقدس مرتبة من قواعد التشريع العادي، مما يتعين معه تنحية التشريع العادي لصالح التشريع الأعلى.

٢٤٢ ـ منهج عمل مفهوم الدفع بالنظام العام: مهد قضاء محكمة النقض، السبيل

أمام الفقه لتعيين منهج عمل الدفع بالنظام العام. بما قررته من كون الروابط والعلاقات ذات العنصر الأجنبي وإن كانت تخضع بحسب الأصل للقانون الأنسب والأكثر ملاءمة، وفقاً لما تشير إليه قواعد الإسناد المصرية، إلا أن تطبيقه مشروط بعدم مخالفة أحكام ذلك القانون للنظام العام أو الآداب، فيتعين دوماً ألا يمس كيان الدولة أو أياً من المصالح العامة والأساسية للجماعة[١]. الأمر الذي أقام عليه الفقه تحليله لنهج الدفع بالنظام العام، فقد بصر الفقه أن لهذه المنهجية شرطان، أولهما يتعلق بإشارة قاعدة إسناد إلى حاكمية قانون أجنبي، والآخر يتعلق بوجوب توفر أحد مقتضيات النظام العام.

١/٢٤٢ ـ الشرط الأول: يفترض لإعمال الدفع بالنظام العام، أن تكون قاعدة الإسناد قد أشارت إلى وجوب تطبيق قانون أجنبي، أياً ما يكون ذلك القانون الأجنبي المتعين آنئذ، وأياً ما كانت طبيعة قواعده، تشريعية أو عرفية أو غيرها[٢]. ذاك أن قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة ذات شقين، وظيفتها الإرشاد إلى القانون واجب التطبيق، أياً ما يكون هذا القانون، الذي قد يكون القانون الوطني لدولة القاضي أو أي من قوانين الدول الأجنبية الأخرى ذات الاتصال بعلاقة المنازعة الماثلة. وعليه فان إعمال الدفع بالنظام العام يستلزم مسبقاً إعمال قاعدة الإسناد، ثم افتراض إشارتها إلى قانون أجنبي لحكم هذه العلاقة[٣].

(١) محكمة النقض ـ الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٨ق. ـ جلسة ١٩٧٩/٦/٢٠. والطعن رقم ٧ لسنة ٤٢ق. جلسة ١٩٧٧/١/١٩. انظر أيضاً تعليق د/ أحمد عبد الكريم سلامة ـ المرجع السابق ـ ص٥٩٩.

(٢) د/ عكاشة عبد العال ـ المرجع السابق ـ ص٥١٠.

(٣) د/ أحمد عبد الكريم سلامة ـ المرجع السابق ـ ص٦٠٠. وفي هذه الخصوص يشير الكاتب إلى أن ثمة من الأحوال ما يمكن فيها إعمال الدفع بالنظام العام، على الرغم من إشارة قاعدة الإسناد إلى حاكمية القانون الوطني لدولة القاضي، وذلك بأحوال النظم القانونية المركبة التي تتعدد فيها الشرائع، كالنظم القانونية الفيدرالية في الولايات المتحدة الأمريكية وكندا والمانيا، حيث يكون لكل ولاية أو دويلة قانونها الذاتي الصادر عن سلطتها التشريعية المستقلة، إذ حالئذ يفترض اختلاف القوانين فيما بينها، كأن يعتبر أحد تلك القوانين اللون مانعاً من الزواج أو الميراث، فحالئذ يستبعده القضاء في أي ولاية أو دويلة أخرى لا يعترف قانونها بمثل ذلك الشرط المناقض لأصول الحق في الزواج. ومن جانب آخر يشير الفقه إلى احتمال تحقق الأمر داخل ذات الأنظمة القانونية الموحدة، التي تقوم على تعدد ديني كمصر، التي تتهيأ الغلبة فيها للشريعة الإسلامية لحكم مسائل الأحوال الشخصية. إذ يوجد إلى جانب الإسلام ما لا يقل عن أربعة عشر شريعة ملية، الأمر الذي يثير افتراض التعارض بين تلك الشرائع الملية والشريعة الإسلامية التي يتكون على أصل منها إطار النظام العام التعلق بالأحوال الشخصية، فحالئذ يلزم القاضي عند التناقض البين بين كل من هذه الشرائع الملية والشريعة الإسلامية الغالبة، أن يستبعد الأولى لصالح الثانية بإعمال الدفع بالنظام العام.

٢/٢٤٢ ـ **أما الشرط الأخر**: فهو وجوب توافر أحد مقتضيات النظام العام، بأن تثير المسألة المعروضة أمراً تنتظمه قاعدة من قواعد النظام العام الوطني لدولة القاضي، كأن يتضمن حكم القاعدة الأجنبية حلاً غير مقبول من قبل النظام العام الوطني، كانطواء الحكم الأجنبي على تناقض صارخ وتنافر بين هذا الحل المقدم من قبل القاعدة الأجنبية وأي من قواعد النظام العام بدولة القاضي[١]، سواء أكانت قاعدة نظام عام ارتكازية أم فوقية أم حتى فرعية. فالعبرة في هذا الخصوص بعدم مواءمة الحل الأجنبي لأي من المبادئ أو الأسس أو الأصول، التي ينبني عليها كيان المجتمع بكل قواه، سواء كانت الجماعة أم الفرد أم الدولة.

١/٢/٢٤٢ بيد أن ثمة ما يلزم مراعاته هنا ألا وهو عدم الاكتفاء بالبحث الظاهري المجرد في الحل المقدم من قبل القانون الأجنبي المتعين، بل يجب على القاضي البحث في الآثار الواقعية والفعلية المترتبة على تطبيق ذلك القانون داخل النظام القانونـي لدولته. إذ يشير الفقه إلى أن ثمة من الأحكام ما لا يكون بحد ذاته مخالفاً لأي من قواعد النظام العام الوطني، بيد أن تطبيقه يقود إلى نتائج صارخة في الشذوذ تنافر مع نسق النظام العام الوطني. أي إن النص الأجنبي وإن لم يخالف صراحة قواعد النظام العام الوطنية، إلا أن تطبيقه يقود إلى مناقضة لمقتضى هذا النظام العام، «مثال ذلك ما قضى به القضاء الإيطالي في منازعة تتلخص في أن رجلاً انفصل بدنياً عن زوجته، وعاش في ذات الوقت مع فتاة بريطانية التي تسمت باسمه وفقاً للقانون الإنجليزي. وقضت محكمة النقض أنه ولئن كان حكم القانون الإنجليزي، في ذاته، لا يخالف مقتضيات النظام العام الإيطالي، إلا أن تطبيقه الفعلي يرتب نتائج مخالفة، حيث يستتبع إمكان معاشرة شخص متزوج لغير زوجته، وهو ما لا يمكن قبوله»[٢]. الأمر الذي يبين منه عدم كفاية البحث الظاهري المجرد في مضمون القانون الأجنبي المشار إليه من قبل قاعدة الإسناد الوطنية، وإنما يتعين دراسة النتائج التي يتصور ترتبها، فيما إذا طبق القانون فعلاً على الحال الماثلة تحديداً، مثال آخر على ذلك «القانون الياباني كان يبيح قديماً تعدد الزوجات. فلو تصورنا أن طرحت مسألة صحة زواج ثان كان قد أبرمه يابانيان في اليابان أمام القضاء المصري، فلا شك انه لن يرى للوهلة الأولى في مسألة تعدد الزوجات ما يخالف النظام العام في شيء، لأن هذا النظام ذاته تقره الشريعة الإسلامية. فليس من المعقول أن يرفض القضاء المصري فكرة يعرفها نظامه القانوني. غير انه قد يتكشف مع التدقيق للقاضي المصري مخالفة القانون الياباني للنظام العام المصري بسبب أن القانون الياباني (الذي كان يجيز التعدد)، لا يضع الزوجات

---

(١) د/ عكاشة عبد العال ـ المرجع السابق ـ ص٥١١.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامة ـ المرجع السابق ـ ص٦٠٣.

على قدم المساواة، إنما يقيم بينهن ترتيباً بأن تكون الثانية خادمة الأولى، ولا شك في أن هذا الأمر مخالف للنظام العام بالمفهوم الديني في مصر»[١]. ومن جانب آخر، قد تكون أحكام القانون الأجنبي مخالفة، من حيث المبدأ، لاعتبارات النظام العام، إلا أنه عند تطبيقها الفعلي تتلاشى كل شبهة تعارض بينها والنظام العام الوطني لدولة القاضي، «من ذلك ما قرره القضاء الفرنسي من أنه إذا كان إبطال الزواج للغش أو التدليس جائزاً وفقاً للقانون الأمريكي، وهو ما يخالف مبادئ القانون الفرنسي (م ١٨٠ مدني وما بعدها)، إلا أن هذه المخالفة تزول عند التطبيق الفعلي للقانون الأمريكي. حيث يمكن إبطال الزواج ليس على أساس الغش أو التدليس، ولكن على أساس غلط أحد الزوجين في شخص الزوج الآخر، فالنتيجة في الحالتين واحدة»[٢]. ويشير الفقه تأكيداً على صواب ما انتهي إليه بهذا الخصوص، إلى حال آخر يكون فيه القانون الأجنبي المختص مجيزاً للتبني، إلا أنه عند فحص القاضي المصري، الذي يطبق الأحكام الدينية المستمدة من الشريعة الإسلامية تطبيقاً صارماً، يتكشف له أن الحالة المطروحة عليه ليست مخالفة للنظام العام في دولته، لأنها أدخل في فكرة الإقرار بالنسب التي تعرفها الشريعة الإسلامية، كون المتبني قد أقر صراحة أن الولد ابنه، وأن المقر ببنوته يولد لمثل المقر، وأن المقر له مجهول النسب ولم يصدر عن المقر ما يفيد أن المقر له (المتبني) نتاج علاقة غير مشروعة[٣].

٢/٢/٢٤٢ ـ بيد أنه في صدد مناقشة هذه الجزئية، يمكن القول أن هذه الأمثلة سيقت، بمعرض إفادة أن ظاهر الحكم الأجنبي قد لا ينبئ بالضرورة عن جوهره، حال انطباقه الفعلي على المسألة المعروضة، لما قد يرتبه من نتائج داخل بيئة النظام القانوني الوطني تتنافر أو تتسق مع نسق النظام العام الوطني. أي أن ظاهر الحكم الأجنبي وإن استبان بالفحص المجرد عدم مخالفته، أو مخالفته، للنظام العام الوطني، يبقى أمر حقيقة توافقه مع هذا النظام العام موضع شك لا يستقر إلا بتقدير نتائجه وآثار انطباقه الفعلية بعد إعماله على المنازعة الماثلة. بيد أن دراسة تلك الأمثلة التي سيقت بهذا الخصوص، يبين منها افتراقها عن صحيح ما قصد الفقه إليه. إذ أن صحيح هذا القصد يفضي إلى أحوال يتم فيها إعمال الحكم الأجنبي رغم مخالفته الظاهرية للنظام العام الوطني، أو إلى عدم إعماله رغم موافقته الظاهرية لهذا النظام العام، وهذا يستلزم إعمال عين الحكم الأجنبي، وتخريجه فقهاً على ذات ما هو مقرر في القانون الأجنبي. حال كون حقيقة ما يستشهد به من أمثلة في هذا الخصوص، لا يستوي على هدى من

(١) د/ عكاشة عبد العال ـ المرجع السابق ـ ص٤٩٣.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامة ـ المرجع السابق ـ ص٦٠٣.

(٣) د/ عكاشة عبد العال ـ المرجع السابق ـ ص٤٩٤.

ذلك. ففي شأن زواج الياباني من يابانية تعد زوجة ثانية له، من غير الممكن التسليم بعدم اعتراف القضاء المصري به، بدعوى كون القانون الياباني الذي كان مجيزاً لمثل هذا الزواج، يجعل من الزوجة الثانية خادماً للزوجة الأولى. إذ أن المستقر عليه فقهاً أن استبعاد النص المخالف للنظام العام الوطني، يتعين أن يكون بأضيق الحدود، فلا يستبعد غيره من أحكام القانون الأجنبي التي قد لا تحمل بذاتها مخالفة للنظام العام، إذ «يذهب الاتجاه المعتمد في القانون المقارن، وهو ما نرى الأخذ به في مصر والتشريعات العربية، إلى أنه إذا تم استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولة القاضي، فإن الاستبعاد يطول وحسب الجزء الذي يخالف مقتضيات النظام العام دون بقية الأجزاء الأخرى»[1]. وبعد وعلى هدي من هذا الفهم، يضحى تقويم حكم أجنبي ما، من حيث مدى موافقته أو مخالفته للنظام العام الوطني، إنما يتعين أن يكون من داخله فحسب، فتدرس مضامينه وآثاره منظوراً إليها من زاوية النظام العام الوطني، لا من زاوية الأحكام الأخرى للقانون الأجنبي، باعتبار أنه إذا كان ثمة حكم آخر في هذا القانون الأجنبي به مخالفة تتنافر والنظام العام الوطني، كاعتبار القانون الياباني الزوجة الثانية خادماً للزوجة الأولى، فعندئذ لا يكون بوسع القضاء سوى تجاهل ذاك الحكم الأخير وحده، معملاً غيره من أحكام لا تتنافر والنظام العام الوطني، وهو التصور العكسي للمثال المساق. وعليه عند دراسة مسألة كتلك الماثلة، يتعين الانتهاء إلى إجازة هذا الزواج بداية، لينظر بعد إلى ما قد يثار من مشاكل أخرى، فإن ثبت أنها محكومة بأحكام تتنافر والنظام العام الوطني، فعندئذ يجب استبعاد تلك الأحكام فقط، كأن يثار أمر يتعلق بقدر ما تتمتع به هذه الزوجة الثانية من حقوق زوجية أو مدنية تهيؤها لها علاقة الزوجية، فيصطدم النظام العام الوطني بما يقرره القانون الياباني من انتقاص لحقوق الزوجة الثانية أو بما يقرره من عدم مساواة بين الزوجتين من أحكام. فهذا وحده هو ما يجب استبعاده، ذلك أنه يمكن القول بأن ثمة وجه للتمييز بين الأحكام المتعلقة بإنشاء المركز القانوني الذي يتعلق في هذه الحال بعلاقة الزواج الثانية، وبين الآثار المترتبة على هذا المركز القانوني وهو ما يتعلق بمدى حقوق الزوجة الثانية. فحكم الإنشاء ليس فيه ما يتعارض مع النظام العام الوطني بدولة القاضي، حال يقتصر وجه التعارض على الحكم الخاص بآثار العلاقة الناشئة إذا ثار نزاع في شأنها أمام القاضي. والحال ذاته، في خصوص قضاء المحاكم الفرنسية، الذي انتهى إلى إبطال زواج تم وفقاً للقانون الأمريكي، على أساس غلط أحد الزوجين بشخص الزوج الآخر، لا على أساس الغش أو التدليس، فكون القانون الأمريكي وإن كان يجيز إبطال الزواج بسند من الغش أو التدليس وهو ما لا يعتد به القانون الفرنسي، إلا أن الأخير إذ يأخذ

---

(١) د/ عكاشة عبد العال ـ المرجع السابق ـ ص٥٢٧.

بالإبطال في أحوال الغلط في شخص المتعاقد، وهو هنا شخص أحد الزوجين، فيمكن جرياً وراء ما يترتب من تلك النتيجة، القول بالإبطال على أساس الغلط، وبذلك نبلغ حكم القانون الأمريكي نفسه وهو إبطال الزواج. مما يفيد أنه قد تم تطبيقه فعلاً بتحقق ذات نتيجته. بيد أن ثمة نظر آخر يذهب إلى أن العبرة في الأخذ بالقانون الأجنبي المشار إليه، إنما هي في الأخذ بعين الحكم الأجنبي، بعين التكييف القانوني المقرر بهذا القانون وفق نهجه المنضبط بنظمه. الأمر الذي كان يستوجب إن شئنا القول بإعمال القانون الأمريكي، أن يكون إبطال مثل ذلك الزواج متأصلاً على هدي منه، أي قائماً على سند من الغش أو التدليس، أما ما انتهى إليه القضاء الفرنسي من بطلان على سند من الغلط، فلا يعدو أن يكون إبطالاً على أساس مفاهيمه هو الخاصة بالغلط. والأمر كان سيختلف لو لم يكن القانون الفرنسي يعرف الإبطال للغلط، إذ ما كان بمستطاع القضاء الفرنسي عندئذ إبطاله، وما كان بوسعه سوى إجازة صحته. ومن البدهي أن إعمال الحكم الأجنبي وما يترتب على تطبيقه، لا يجوز أن يختلف من حال لآخر باختلاف نظم القانون الوطني ومفاهيمه، إنما يتعين أن تستوي النتيجة ثابتة دوماً. وصائب التحليل أن القضاء الفرنسي استبعد القانون الأجنبي واجب التطبيق، وهو القانون الأمريكي، وأعمل قانونه هو بمفاهيمه القانونية المخصوصة على الحالة الماثلة، ليغدو الأمر في محصلته النهائية تشابهاً في النتائج بين الحكمين الأمريكي والفرنسي. وعن المثال المتعلق بالتبني الذي يجيزه القانون الأجنبي، حال كون القانون المصري المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية لا يعترف به البتة بأصل الشرعة، إلا أنه إذا ما توافرت للحالة شروط الإقرار بالنسب كافة، فإنه من الجائز للقضاء المصري أن يعتد بهذا الأمر، لا لكونه تبنياً وإنما باعتباره إقراراً بالنسب. فإن هذا لا يعدو أن يكون وفق المنطق القانوني السديد، تحولاً للتصرف القانوني، إذ المستقر أن التصرف القانوني إذا ما تم مشوباً بالبطلان لأي سبب من الأسباب، فإنه من الممكن تصحيحه بالتحول إلى تصرف آخر إذا تحققت له شروط هذا التصرف الآخر كافة. والأمر هنا أن التبني وإن انعقد باطلاً بطلاناً مطلقاً في شرع القانون المصري فإن تحقق شروط الإقرار بالنسب في شأن هذا التصرف يحيله إليه صرفاً عن التبني وتغليباً لصحة التصرف في ذاته. الأمر الذي يزول معه كل لبس يشوب المسألة، إذ كانت إجازة التصرف على سند من القانون المصري وفق أحكامه التي تخص الإقرار بالنسب، ووفق مفاهيمه التي تتعلق بإجازة تحول التصرف القانوني نزولاً على ضرورات تصحيح التصرفات.

٢٤٢/ ٢/ ٣ ـ بيد أن ذلك جميعه، لا ينفي صحة ما يقول به الفقه من حيث المبدأ، إذ يظل القاضي الوطني ملزماً بتعقب الحكم الأجنبي لا من وجهة تحليله الظاهري، وإنما أيضاً من وجهة مضامينه الداخلية وآثاره المترتبة، وذلك كله في ظل مقتضيات

النظام العام الوطني. فالعبرة دوماً تكون بمدى موافقة الحكم الأجنبي في صورته الأخيرة بعد تطبيقه على الحالة الماثلة، لمقتضيات النظام العام الوطني بدولة القاضي، فان استبان ذلك وتحققت له وبه المواءمة المتطلبة، غدا موافقاً للنظام العام واجب الإعمال لزوماً، وإن لم يكن كذلك وجب استبعاده حتماً. ومثال ذلك ـ فضلاً عما ذكر آنفاً في خاصة القضاء الإيطالي ـ قضية Potino التي عرضت على المحاكم الفرنسية، حيث رغب زوجان أحدهما إسباني والآخر بوليفي، في حل رابطة الزوجية. وإزاء تعين القانون الشخصي لكل منهما، وبتطبيقهما معاً، ترتبت نتيجة تناقض النظام العام الفرنسي، كون القانون الأسباني لا يسمح بالطلاق وإنما بالانفصال الجسماني فحسب، حال يسمح القانون البوليفي بالطلاق دون الانفصال الجسماني، مما يترتب على إعمالهما معاً استحالة إنهاء رابطة الزوجية، وهي نتيجة تخالف النظام العام الفرنسي القائم على مبدأ الحق في إنهاء روابط الزوجية، حال أنه بالفحص الظاهري لكل من القانونين المذكورين تبين أن أياً منهما وحده لا يتنافر مع القانون الفرنسي بيد أنه باجتماعهما معاً في تطبيق واحد، انفرز حال متناقض مع النظام العام الفرنسي[١].

٢٤٣ ـ موضع النظام العام الاستبعادي من المفهوم الكلي للنظام العام: والمعني، إنما هو مجال إعمال الدفع بالنظام العام، أي النطاق القانوني الذي يمكن فيه استبعاد القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد. فهل يتم إعمال هذا الدفع في كل أحوال تعارض القانون الأجنبي مع أي من قواعد النظام العام، أياً ما يكون المستوى الذي تسكنه القاعدة المهددة بالخرق، وسواء كانت القاعدة ارتكازية أم فوقية أم فرعية؟ أم أن ثمة قواعد معينة ينفعل بمواجهتها وحدها هذا الدفع؟ سلف وأشرنا إلى أن المفهوم الاستبعادي للنظام العام الدفعي، إنما هو أداة فنية بيد القاضي تمكنه من تجنب الصدام بين القانون الأجنبي واجب التطبيق وأي من أسس المجتمع الجوهرية ومفاهيمه الأساسية، حماية للنظام العام الوطني من كل صور الانتهاك المتصورة من جراء ما قد تفرزه الضرورات التي استوجبها نهج الإسناد من تعين لقانون أجنبي غير معلوم الكنه مسبقاً. الأمر الذي يجعل تطبيق ذلك القانون الأجنبي دوماً مظنة تهديد للنظام القانوني الوطني إلى أن ينجلي عنه ما يلفه من غموض الجهل بأحكامه، فإما أن يقبل العمل به لعدم مخالفته النظام العام، وإما أن يتم استبعاده باستخدام المفهوم الدفعي للنظام العام لتحقق تلك المخالفة. وهو ما لا مندوحة معه من التسليم بأن ذلك المفهوم الدفعي للنظام العام، إنما هو مفهوم حمائي، يستهدف حماية النظام القانوني الوطني، صوناً لأسس المجتمع الجوهرية الحيوية، أي أنه حام حقيقي للنظام العام الوطني كله،

---

(١) د/ فؤاد عبد المنعم رياض، ود/ سامية راشد ـ المرجع السابق ـ ص١٤٨.

يستغرق إطاره الانفعالي كل أحوال انتهاك قواعد النظام العام أياً ما يكون موضوعها وأياً ما يكون المستوى الذي تسكنه.

١/٢٤٣ ـ ودلالة انفعال النظام العام الدفعي لاستبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق في نطاق المستوى الارتكازي أنه في أحوال تعين قانون أجنبي يجيز لغير المسلم الزواج من المسلمة، أو إن هو حظر تعدد الزوجات على المسلم، يلزم القاضي وجوباً استبعاده انتصاراً لقواعد النظام العام الارتكازية الوطنية، فقواعد كتلك التي تحظر على غير المسلم الزواج بمسلمة، أو تجيز له الزواج بحدود أربع زوجات، هي بالأساس قواعد ارتكازية، تقررها أطر المعتنق الجمعي التي يلجأ إليها القاضي مباشرة لمعرفة مدى شرعية أي تصرف يتعلق بموضوعها. وكذلك ينفعل هذا الدفع الاستبعادي في نطاق القواعد النظامية الارتكازية التي تكون موضع تبن من قبل المشرع الوطني، إن كان القانون الأجنبي يساوى ما بين الذكر والأنثى في الميراث، فمثل مسائل الميراث بكل ما تشمله من قواعد تنتظمها، وإن قررها المشرع الوطني صراحة، فإن مرجعيتها تظل بالأساس كامنة في الإطار العقدي الجمعي مما يفيد أنها بالنهاية لا تعدو كونها قواعد ارتكازية. كما ينفعل ذلك الدفع الاستبعادي أيضاً في نطاق القواعد الفوقية إن كان القانون الأجنبي يجيز التأميم أو المصادرة دون تعويض عادل، أو يعرف أياً من صور العبودية، أو يعتد بالموت المدني، أو يقر آثار التصرفات الباطلة ويرتب لها نتائجها[١]. فهذه جميعها تناقض قواعد النظام العام الفوقي التي تخص أصول الدولة وكلياتها، مما يستوجب ضرورة استبعادها. بل إن الدفع الاستبعادي للنظام العام ينفعل أيضاً، في أحوال مخالفة القاعدة الأجنبية واجبة التطبيق، لأي من القواعد النظامية الفرعية. كما بحكم القضاء الإنجليزي في القضية التي تخلص في أن فرنسياً كان قد أكره فرنسية على توقيع عقد تحت وطأة التهديد بالإبلاغ عن جريمة ارتكبها زوجها إن هي لم تقم بذلك التوقيع، إذ انتهى هذا القضاء إلى إبطال العقد، بسند من أحكام قانونه الإنجليزي لتعلق المسألة بالنظام العام، وبذلك يكون قد استُبعد القانون الفرنسي واجب التطبيق وفق قواعد الإسناد الإنجليزية، إعمالاً للقانون الإنجليزي. إذ ما كان القانون الفرنسي ليجيز إبطال مثل ذلك العقد، إن كان قد أعمل نزولاً على مقتضى قاعدة الإسناد الإنجليزية، كون قواعد القانون الفرنسي تتأبى على اعتبار التهديد بالإبلاغ عن جريمة، إكراها مفسداً لعنصر الرضا في الإرادة[٢]. وإذ كانت القواعد القانونية التي تعين شروط صحة إرادة التصرفات القانونية، هي من قواعد النظام العام الفرعية، شهد

---

(١) د/ عكاشة عبد العال ـ المرجع السابق ـ ص٤٦٨ وما بعدها.

(٢) د/ عناية عبد الحميد ثابت ـ إطراح فكرة الدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص ـ طبعة ١٩٩٥ ـ دار النهضة العربية ـ ص٥٤.

ذلك على انفعال الدفع بالنظام العام في مواجهة أي عدوان على قواعد النظام العام الفرعية، باستبعاد القانون الأجنبي تغليباً للقانون الوطني حينئذ.

٢/٢٤٣ ـ الأمر الذي يبين معه اتساع مجال إعمال الدفع بالنظام العام، ليحيط انفعاله قواعد النظام العام كافة. بيد أن ثمة ما يجدر ملاحظته، ألا وهو ما يشير إليه قطاع عريض من الفقه، من عدم تطابق مفهوم النظام العام الاستبعادي كما هو معروف بفقه القانون الدولي الخاص، مع الهيكل الكلي لمفهوم النظام العام بتكوينه المستقر في علم القانون. إذ ينزع غالب الفقه إلى أن «مجال إعمال فكرة النظام العام في العلاقات ذات الطابع الدولي أضيق من مجال إعمال فكرة النظام العام في المجال الداخلي، وبعبارة أخرى فان الحالات التي لا يجوز فيها للأفراد الاتفاق على ما يخالف القاعدة القانونية نظراً لكونها من القواعد الآمرة في القانون الداخلي تفوق بكثير الحالات التي يستبعد فيها تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام في الدولة »[1]، إذ «نظراً لخصوصية تنازع القوانين واتصاله بعلاقات الأفراد وحركة التجارة عبر الحدود، فان مقتضيات النظام العام فيه تنكمش وتضيق عنها في مجال القانون الداخلي. فما يعد من النظام العام في هذا الأخير، ليس بالضرورة من النظام العام في تنازع القوانين»[2]. وحاصل هذه الملاحظة، انه إذا صح فرضاً ما يقرره غالب الفقه بهذا السياق، فما هي المجالات التي يتوقف عندها انفعال المفهوم الدفعي للنظام العام بالقانون الدولي الخاص، حيث تكون تلك المجالات في الوقت نفسه من النظام العام في فهم النظام القانوني الكلي.

٣/٢٤٣ ـ هنا يتعين التسليم بأن من قواعد النظام العام ما لا تحتمل تبعضاً في التطبيق، إذ بحكم طبيعتها تتأبى على أي تجاوز أو مخالفة أيا ما يكون سببها أو علتها، تلك هي قواعد النظام العام الكائنة بكل من المستويين الارتكازي والفوقي من الهيكل الكلي لمفهوم النظام العام. فهذه القواعد بحكم حاكميتها للأسس الجوهرية والكليات الحيوية للمكونات الضرورية لقوي المجتمع من فرد وجماعة ودولة، تضحى أصولاً عصية على التفاوض بخاصة ملزوميتها النظامية، عصية على التجاوز والخرق والمخالفة، فيغدو القاضي حيالها مكتوف الإرادة، بلا سبيل سوى الانصياع لمقتضياتها والنزول على موجباتها. وعليه فثمة تطابق كامل بين مجالات انفعال المفهوم الدفعي للنظام العام

(١) د/ فؤاد عبد المنعم رياض ود/ سامية راشد ـ المرجع السابق ـ ص١٣٥، ١٣٦.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامة ـ المرجع السابق ـ ص٥٨٢. وتجدر الإشارة إلى أن من الفقه من ينزع إلى خلاف هذا، مقرراً أن «النظام العام الوطني للدولة في وقت معين هو واحد لا يتعدد، فلا يوجد نظام عام دولي ونظام عام داخلي في الدولة الواحدة». انظر د/عز الدين عبد الله ـ المرجع السابق ـ ص٥٣٦.

بالقانون الدولي الخاص ونطاق نشاط المفهوم الكلي للنظام العام في النظام القانوني، وذلك في شأن القواعد النظامية المنتمية للمستويين الارتكازي والفوقي.

٢٤٣/ ٤ ـ ويبقى أمر قواعد النظام العام المنتمية للمستوى الفرعي وحدها، موضع تقدير لحد التطابق بين المفهومين. فالظاهر من جملة الفقه بهذا الخصوص، أن مرد المفارقة في مجال انفعال كلا المفهومين، هو ما يراه الفقه ضابطاً لمعيار النظام العام[١]. إذ يكاد الفقه أن يخلص بغالبه إلى أن القواعد الآمرة هي معيار النظام العام، بمعنى أن ليس ثمة قاعدة آمرة إلا وهي قاعدة نظام عام. وهنا موطن الداء، ذلك أنه بتحليل عناصر مفهوم النظام العام تبين أنه من المجانب للصواب اعتبار القواعد الآمرة كافة من النظام العام، فصيغة الأمر بحد ذاتها لا تفيد اعتبار الحكم المنظوم بها، قاعدة كلية أو أصولية أو حتى قاعدة أساس، بالنسبة لأي من المكونات الضرورية لقوى المجتمع. إذ ما يفيده هو الاعتبار الموضوعي لماهية الحكم الذي يحمله الأمر فحسب. خاصة أن المشرع كثيراً ما يلجأ إلى صياغة حكم ما صياغة آمرة رغم كونه لا يقصد حفظاً أو صوناً لأي من كليات وأصول المكونات الضرورية لقوى المجتمع، بل يقرر هذا الأمر لمصلحة أحد أطراف العلاقة القانونية، ممن يقدر المشرع أنه الأولى بالحماية فيها، أي انه يكون بمعرض المفاضلة بين مصلحتين خاصتين يرتأي معها تغليب أحدهما على الأخرى. وذلك خلافاً لحال قواعد النظام العام التي تعكس مصلحة عامة واحدة لا سبيل معها لمفاضلة، إذ تتعين قواعد النظام العام انعاكساً لأصل جوهري مما ينبني عليه أساس المجتمع، أي انعكاساً للصالح الجمعي الكلي أو الصالح السياسي الرسمي العام، دون تلك الصوالح الخاصة الجزئية التي تحكم العلاقات المتبادلة بين الأشخاص القانونية المختلفة، الطبيعي منها والاعتباري[٢]. وعليه وعلى هدى من ذلك، لا تكون كل مخالفة تصيب قاعدة آمرة، هي بالضرورة مخالفة للنظام العام. ومن ثم يغدو متصوراً أن تتعين قاعدة أجنبية لحكم علاقة ذات عنصر أجنبي، ورغم مخالفتها لقاعدة قانونية وطنية ملزمة، فإنه يتم إعمالها، كون تلك القاعدة الوطنية ليست من قواعد النظام العام وإنما هي محض قاعدة آمرة فحسب. ومن الأمثلة التقليدية للفقه دلالة على أحوال إجازة مخالفة القاعدة الأجنبية لقاعدة ملزمة، يتصورها الفقه قاعدة نظام عام لصفة الأمر التي تلازمها، «القاعدة التي تحدد سن الرشد في القانون المصري تعد من النظام العام في العلاقات الداخلية ويبطل كل اتفاق على ما يغايرها، بينما لا يكون مخالفاً للنظام

(١) ولعل مصدر اللبس الحاصل يعود إلى الغموض الذي يشوب مفهوم النظام العام في القانون المدني، الأمر الذي أوقع فقه القانون الدولي الخاص في لبس، لم يتمكن من رفعه إلا بقالة وجود ممايزة ما بين إطار النظام العام الكلي وإطار مفهومه الدفعي بالقانون الدولي الخاص.

(٢) وهو ما نحيل بشأنه إلى ما سلف ذكره بمعرض عرضنا بالباب الأول من الدارسة.

العام المصري القانون الأجنبي الذي يجعل مناط الرشد يتجاوز هذه السن»[1]. والأمر هنا يحتاج توقف وتحليل. حيث تتعين الإشارة إلى أن الأحكام التي تنطوي على المِقدرات والمعينات الرقمية، إنما تحمل في ذات أصلها، دلالة تتجاوز الحد الرقمي الذي تقرره، إذ تتضمن مستويين من الأحكام، الأول يقرر ماهية الأصل الذي ما كان الإلزام إلا إشباعاً له وتوفيراً لمقتضاه، والآخر يقرر تفصيل هذه الماهية واضعاً لذاك الإلزام موضع التطبيق. مما يفيد موضوعاً أن ثمة حكم ينبني عليه أصل الشيء، وهذا يستتبع استدعاءً لمناط تعين المقدار أو الرقم المحدد. ليضحى النص المقرر لسن الرشد، متضمناً حكمين، الأول يفيد من الوجهة المبدئية أصل وجوب ما يتقرر من قبل المشرع من لزوم الرشد لثبوت أهلية الأداء، والآخر يعين تحديداً لهذه السن متضمناً التفصيل الرقمي لها. وحال يعد الحكم الأول من النظام العام بلا مراء، لا يعدو الحكم الآخر أن يكون قاعدة آمرة ملزمة. إذ أن تعيين أهلية الأداء لا يتصور إلا أن تكون من النظـام العام اعتباراً بضرورات انتظام واستقرار المعاملات داخل المجتمع وصوناً للصالح العام الذي يقدره المشرع، حال لا يعدو تعيين السن الذي عنده يتحقق الرشد المطلوب قانوناً للتمتع بأهلية الأداء كونه تعييناً تحكمياً من قبل المشرع وفق مستلزمات الضرورات العملية، بعيداً عن مقتضيات الأصول والكليات والأسس التي على هداها استُوجب الرشد مناطاً لتوفر أهلية الأداء. ولعل مما يعزز هذا القول أن المشرع أورد أحوالاً متعددة يختلف فيها السن المقرر لكل حال منها، فإذا كان سن الرشد وفق الأساس هو إحدى وعشرين سنة ميلادية، فإن المشرع قدر بأحوال معينة ـ بعد إجازة القاضي ـ لمن بلغ الثامنة عشرة أن تتوافر له أهلية ممارسة التجارة، وكذلك قدر في أحوال أخرى سن السادسة عشر سناً يستطيع فيها الفرد التمتع بحق التصرف فيما يكسبه من نتاج عمله، بل إن المشرع قدر سن الثلاثين لممارسة الحقوق السياسية وقدر سن الأربعين لعضوية بعض المجالس النيابية. الأمر الذي يتبين معه أن أصل لزوم الرشد للتمتع بالأهلية اللازمة لممارسة أي تصرف ثابت لا محالة، مما لا سبيل معه لمجاوزته أو خرقه أو مخالفته لأي اعتبار، أي أن طابع اللزوم المقرر له يتجاوز حد الصياغة الآمرة، كونه لزوماً تستوجبه اعتبارات النظام العام. أما أمر تعيين مقدار السن المستلزمة لممارسة التصرف المعين فهو خاضع لتقدير المشرع وفق الضرورات العملية التي تفرض نفسها حسب طبيعة التصرف ذاته، مما يصير معه هذا الأمر لازماً لا لكونه من النظام العام وإنما لكونه قاعدة آمرة.

٥/٢٤٣ ـ ومن جانب آخر، ثمة أحوال يذهب فيها الفقه إلى جواز مخالفة القاعدة الأجنبية للقاعدة الوطنية، دلالة على ما ينتهي إليه من ضيق مجال انفعال المفهوم

---

(١) د/ عكاشة عبد العال ـ المرجع السابق ـ ص٥٠٨.

الدفعي للنظام العام في القانون الدولي الخاص عن نطاق المفهوم الكلي لفكرة النظام العام، رغم أن إنعام النظر في هذه الأحوال يشكك في صحة المنتهى إليه من جواز مخالفة تلك القاعدة النظامية الوطنية. مثال ذلك أحوال اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن القانون الوطني في بيان الورثة وتحديد مراتبهم ودرجاتهم وأنصبتهم وما يتقرر بالقانون الوطني من وصية واجبة تتعين حقاً للأبناء ممن يتوفى عنهم والدهم قبل جدهم. إذ يذهب جانب من الفقه إلى أن «مجرد اختلاف القانون الأجنبي عن القانون المصري لا يجعله مخالفاً للنظام العام ـ ولو أن كل أحكام الميراث تعتبر من النظام العام الداخلي ـ وإلا لتعطل تطبيق قاعدة الإسناد»[1]، وكذلك «حق الأبناء الذين يموت عنهم والدهم قبل جدهم في الوصية الواجبة يعد من النظام العام الداخلي في مصر، بينما إذا كان القانون الأجنبي لا يقرر هذا الحق أو يقرره في حدود نصيب أقل مما يعطيه القانون المصري، فإنه لا يكون مخالفاً للنظام العام الدولي»[2]. البادي بهذا الخصوص أن هذا الفقه يعمد إلى التمييز داخل أحكام الميراث بين نوعين من الأحكام، الأولى تلك التي تقرر أحكاماً تتعارض موضوعاً وأصول النظام القانوني الوضعي السائد بدولة القاضي، كما إذا قرر القانون الأجنبي منع الميراث بسبب اختلاف في اللون أو الجنس، أو قرر توريث قاتل المورث عمداً، أو قرر توريث ولد الزنا من أبيه أو أقاربه لأبيه، أو قرر إعطاء الولد الأكبر كامل التركة، أو حرمان الزوجة من الميراث إطلاقاً. ففي تلك الأحوال استوجب هذا الفقه استبعاد القانون الأجنبي، دون تمييز ما بين كون الأجنبي المورث مسلماً أو غير مسلم. أما النوع الثاني من تلك الأحكام فتخص المسلمين وحدهم، كتلك التي تقرر بيان الورثة وتحدد مراتبهم ودرجاتهم وأنصبتهم. فقد ذهب هذا الفقه وشايعه فيه قضاء محكمة القاهرة الابتدائية، إلى أن مخالفة القانون الأجنبي لأي من أحكام القانون المصري المستمدة من الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بهذه المسائل، ليس بها ما يناقض النظام العام في مصر[3]. بيد أن حقيقة الأمر بهذا الخصوص، تتطلب التوقف هنيهة لتحليل المسألة. فالبادي من التصنيف المتقدم لأحكام الميراث، تفريقه ما بين الأحكام العامة التي ترسم فلسفة التشريع الوضعي في تنظيم شؤون الميراث وتتصل مباشرة بالرؤية الوضعية لنظام المجتمع كله، وهي تلك التي يتكون منها الصنف الأول من هذه الأحكام. والأخرى التي تضع التنظيم التفصيلي للميراث وتستمد مباشرة من أحكام الشريعة الإسلامية. وحال يتمسك ذلك الفقه بالحاكمية المطلقة للمجموعة الأولي من أحكام الميراث تقديساً للفلسفة الوضعية التي

(١) د/ منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق ـ ص٢٦٧.

(٢) د/ عكاشة عبد العال ـ المرجع السابق ـ ص٥٠٨.

(٣) د/ فؤاد عبد المنعم رياض، ود/ سامية راشد ـ المرجع السابق ـ ص٢٨٠.

تقررها الدولة بهذا الخصوص، مما يحدو به إلى إهدار الأحكام الأجنبية حال المخالفة، لا يستبين منه ذات الحرص في حال شمول المخالفة لأي من أحكام الصنف الآخر المذكور، حيث يعمد إلى إهدار الأحكام الوطنية لصالح الأحكام الأجنبية، بدعوى صيانة فاعلية قواعد الإسناد الوطنية على ما تقدم. وثمة وجه آخر للنظر بهذا الشأن، ذلك أنه في خصوص مسائل الأحوال الشخصية، فإن الحاكمية تتقرر للشريعة الإسلامية إطلاقاً، وذلك بموجب أحكام الدستور ولائحة تنظيم المحاكم الشرعية ومن بعدها القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠١ في خصوص إجراءات الأحوال الشخصية فضلاً عما قررته المادة (٨٧٥) من القانون المدني من أن شؤون المواريث يهتدى فيها بأحكام الشريعة الإسلامية. مما لا مناص معه من التعامل مع مسائل الميراث من الزاوية الشرعية الإسلامية فحسب، دون تفرقة داخلها بين ما يعده المشرع الوضعي أصولاً تنظيمية عامة، وما يقدره أحكاماً تفصيلية، فالعبرة في هذا الخصوص هي بسند الحكم من الوجهة الشرعية الإسلامية، فما يعد قطعياً ثبوتاً ودلالة لا فكاك من الاعتداد به حتماً مقضياً، فضلاً عما هو ثابت بحكم ظني تم تغليبه بسلطة ولي الأمر، فيضحى بذلك قطعياً بلزومه. وعليه والحال هذه، فلا من مندوحة من الاستهداء بأحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية. فإذا كانت تلك الشريعة تحتمل إعمالاً لنظم الشرائع الأخرى، جاز سريان القوانين الأجنبية التي تخص الأجانب من غير المسلمين بالإقليم المصري، شريطة ألا يرد بها ما يعارض النظام العام الوطني المصري أو يعارض القطعيات الإسلامية على التفصيل المتقدم، كما إذا كان القانون الأجنبي مانعاً توريث الأولاد جميعهم حاصراً جل الميراث في الابن الأكبر، أو إذا كان مجيزاً توريث قاتل المورث، فتلك تتناقض والكليات الإسلامية، فضلاً عن تناقضها والنظام العام المصري. أما في أحوال كون الأجنبي مسلماً فلا فكاك من الاعتداد بالنظم الإسلامي المقرر بهذا الخصوص، فالإسلام يجُب ما قبله، ولا يعلو على حكمه حكم مما يستحيل معه سريان سواه على المسلم، أياً ما تكون جنسيته وأياً ما يكون قانون هذه الجنسية، «وذلك لأن النظام العام في مصر في دائرة الأحوال الشخصية يقوم كما قلنا على فكرة من الإسلام. ولذلك فإنه يتعين في هذه الحالة الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي، متى اختلفت مع أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية وقانون المواريث المستقاة من القرآن؛ وذلك لأن قواعد المواريث الواردة في القرآن يتقيد بها المسلمون حتماً، وعلى الأخص دولة دينها الإسلام، ولا يستطيع المشرع الوطني في هذه الدولة التحلل منها بقانون وضعي»[1]. وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض، إذ قضت بأنه «وفقاً للمادة (٢٨) من القانون المدني لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته نصوص

(١) د/ عز الدين عبد الله ـ المرجع السابق ـ ص٣٤٧.

القانون إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في مصر. وإذ كان تطبيق القانون الفرنسي على واقعة الدعوى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الميراث بينما تعتبرهما الشريعة الإسلامية وأحكام قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ من أصحاب الفروض والعصبات، وكانت أحكام المواريث الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة تعتبر في حق المسلمين من النظام العام في مصر، أو هي وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة، بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبي عليها، بما لا يسع القاضي الوطني معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها في الخصومات التي ترفع إليه، متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين. إذ كان ذلك، وكان الثابت في الدعوى أن المتوفاة مسلمة وأن الخصوم الذين يتنازعون تركتها مسلمون، فإن الحكم المطعون فيه إذا امتنع عن تطبيق القانون الأجنبي على واقعة الدعوى لا يكون قد خالف القانون»[1]. وكذلك ما يذهب إليه الفقه تدليلاً على بيان صحة فرضه، من عدم انطباق مجال انفعال مفهوم النظام العام الاستبعادي ونطاق المفهوم الكلي للنظام العام، بأن ترتيب من تثبت لهم حضانة الأولاد يعد من النظام العام في نطاق العلاقات الوطنية، حال كونه لا يكون بهذه الكيفية بنطاق علاقات تنازع القوانين[2]. فإن الأمر في هذا الخصوص محل نظر آخر، إذ من تحليل أحكام قواعد الحضانة وحدود إلزامها، يستبين أن ثبوت الحضانة وفق الترتيب المقرر قانوناً ليس ثبوتاً قطعياً عصياً على المخالفة، بل الأمر يتسع لتحمل الاتفاق على خلاف مقتضى هذه النصوص، ومن ثم فيجوز التنازل عن الحضانة، ويجوز لولي الأمر أن يرفعها عمن تثبت له، كون المحضون هو منتهى أحكام الحضانة وصالحه مناط تعيينها، على ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا[3]. وعليه وبتوفر هذه الخصال في شأن مفهوم الحضانة، يغدو بادياً أن ترتيب من تثبت لهم الحضانة ليس من النظام العام، لإمكان النزول عنها، وإمكان قيام ولي الأمر ممثلاً في القاضي المختص برفعها عمن تثبت له وفق ما يرتأيه الأصلح للمحضون. وإذ كانت

---

(١) محكمة النقض ـ الطعن رقم ١٧ لسنة ٣٢ق. ـ جلسة ١٩٦٤/٥/٢٧ ـ مجموعة المحكمة ـ السنة ١٥ عدد ٢ ص٧٢٧.

(٢) د/ عكاشة عبد العال ـ المرجع السابق ـ ص٥٠٨.

(٣) قضت المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧ لسنة ٨ق. بجلستها المنعقدة في ١٥/٥/١٩٩٣م، بأن «الولي الأمر بالتالي أن يقدر ما يراه خيراً للصغير وأصلح له، بمراعاة أن حقه في الحضانة لا يعتبر متوقفاً على طلبها ممن له الحق فيها، وان ما يصون استقراره النفسي ويحول دون إيذائه ويكفل تقويمه، من المقاصد الشرعية التي لا يجوز المجادلة فيها، وأن التنازل عن الحضانة بعد ثبوتها لا يحول دون العودة إليها». ـ انظر الجريدة الرسمية العدد ٢٢ في ٦/٥/١٩٩٣.

قواعد النظام العام بحكم طبيعتها تستعصي على التجاوز عنها أو تقرير خلافها، فلا تخضع أحكامها لإرادة أحد، بل هي حادة لكل إرادة، ومن ثم يغدو من غير الجائز الاعتداد بأحكام ترتيب من تثبت لهم الحضانة باعتبارها من النظام العام، إذ هي قواعد آمرة فحسب، لها شروطها التي تنضبط بها، ولها مناطاتها التي يعملها القضاء، وفق ما يرتأيه صالحاً للمحضون. وعليه فإذا ما كان القانون الأجنبي واجب التطبيق على حال المحضون، يقرر ثبوتاً للحضانة على نحو يخالف ما هو مقرر بالقانون المصري، وارتأى معه القاضي أن إعمال أحكامه فيه خير المحضون، وجب العمل به، دون أن ينجرح النظام العام الوطني لدولة القاضي، ودون أن يتأذى الشعور الجمعي العام.

٢٤٤ ـ خلاصة: قصارى القول أن مفهوم الدفع بالنظام العام الاستبعادي، مشتق من المفهوم الكلي لفكرة النظام العام كما هو كائن بعلم القانون، بحيث يتطابق كلياً من جهة مجال انفعاله مع كل من النظام العام الارتكازي والنظام العام الفوقي. حال يبقى أمر النظام العام الفرعي موضع تقدير بحسب ما يذهب إليه الفقه من تفرقة بين مجال انفعال المفهوم الدفعي للنظام العام وبين القواعد النظامية الفرعية، وإن كنا حاولنا رأب هذا الفتق بما يمكن من التقريب بينهما. إلا أنه أيا ما يكون قدر الإقناع بما حاولناه، يبقى ثمة نظر منهجي يتعين أن يكون موضع اعتبار، ألا وهو التحسب تجاه الفراق المقول به ما بين مجال انفعال المفهوم الدفعي للنظام العام الاستبعادي ونطاق المفهوم الكلي للنظام العام، فلا يجوز التوسعة من ذلك الفراق، إلى الحد الذي يضحى منطوياً على ما يمس أياً من قواعد النظام العام الارتكازية أو الفوقية، إذ يتعين أن نحصر البون في محض القواعد النظامية الفرعية فحسب. ومن جانب آخر يصير فرض كفاية دوماً النشاط فقهاً في اتجاه التقريب بين أطر النظام العام بفروع القانون المختلفة، بما يحفظ للمفهوم الكلي انتظامه، وبما يحقق استواءً في الفهم تجاه جوهر ماهية القواعد التى تعد من النظام العام، على النحو الذي يزول به ما يلف المفهوم من غموض ويستبين به كنهه على نحو منتظم دون تردد أو ارتباك حول عناصر ماهيته.

المطلب الخامس

علاقة النظام العام الوقائي بالنظام العام الاستبعادي الحمائي

٢٤٥ ـ تمهيد: استبان لنا مما سلف أن النظام العام الوقائي إنما يفيد إعمالاً مباشراً لبعض قواعد النظام العام على ما يعرض على القضاء من أنزعة، سواء ما كان منها خالص المحلية أم منطوياً على عناصر أجنبية. فإذا ما أثارت منازعة ما، استدعاءً لأي مما يعد من القواعد ذات التطبيق الضروري، وجب إعمال تلك القاعدة وعلى نحو فوري، دون حاجة لتوقف للنظر في طبيعة المنازعة أو كنهها، وما إذا كانت منازعة وطنية أم ذات عنصر أجنبي، ودون حاجة لبحث القانون الأجنبي الذي تستدعيه قاعدة الإسناد حال ما إذا كانت المنازعة ذات عنصر أجنبي. فالتطبيق الفوري هو جوهر هذا المفهوم المعني بالنظام العام الوقائي في علم القانون الدولي الخاص. ومن جانب آخر رأينا انطواء القواعد ذات التطبيق الضروري على القواعد النظامية الفوقية، وتلك القواعد النظامية الفرعية ذات الاتصال الوثيق والمباشر بأي من القواعد الفوقية، وفي قدر أقل، ما يشمله المشرع الوضعي بعنايته، من القواعد النظامية الارتكازية التي تسن بهيئة قواعد تشريعية. كما استبان أن النظام العام الحمائي، وإن كان يفيد تطبيقاً لقواعد النظام العام، إلا أنه تطبيق يتراخى زمناً لما بعد فحص كنه النزاع لمعرفة حقيقه، ومعرفة القانون واجب التطبيق عليه، فإن انجلى البحث عن تعين لقانون أجنبي يكون واجب التطبيق، وأفرز البحث المقابل بهذا القانون الأجنبي تعيناً لقواعد قانونية تتناقض والنسق الكلي للنظام العام الوطني بدولة القاضي أو أي من قواعده النظامية، حالئذ ينفعل النظام العام الاستبعادي، مستوجباً تنحية ما تعين من قواعد أجنبية تناقض النظام العام الوطني، مستلزماً استدعاءً موازياً للقواعد القانونية الوطنية، لحكم تلك العلاقة القانونية الناشب بصددها النزاع. ومن جانب آخر رأينا النظام العام الحمائي منطوياً على القواعد النظامية الارتكازية والفوقية كافة، فضلاً عما ذهبنا إليه من تعين شموله القواعد النظامية الفرعية ـ على خلاف الفقه المؤكد على عدم انطواء النظام العام الاستبعادي على كل إطار قواعد النظام العام الفرعي.

٢٤٦ ـ تكامل مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص: وعليه فان إعمال مفهومي النظام العام الوقائي والحمائي معاً، يفترض تكاملاً لمفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، ليصير بذلك منطبقاً والمفهوم الكلي لفكرة النظام العام في

النظام القانوني الوضعي. بيد أن ثمة تداخلاً يمكن أن يفترض نظرياً، عند إعمال كل من المفهومين المذكورين، وذلك عند إثارة أي من القواعد النظامية الفوقية، إذ أنه ما دام النظام العام الوقائي يعتمد أساساً على القواعد الفوقية، اعتماداً يتأصل على الانطباق الفوري لها دون حاجة إلى اللجوء لإعمال منهج الإسناد، فالسؤال يثور حول متى يتم إعمال النظام العام الحمائي للدفاع عن هذه القواعد الفوقية. ولعل مبعث ذلك ملاحظة التعامل التجزيئي مع مفهوم النظام العام في علم القانون الدولي الخاص، باعتبار كل من المفهومين واحة في موضع انعزال عن الأخرى. حال كون حقيقة الأمر يتعين أن تستوي على هدى من تصور إجمالي للنظام العام في علم القانون الدولي الخاص، ينطلق من المفهوم الكلي لفكرة النظام العام بالنظم القانوني المعاصر، باعتبار النظام العام آلية تنشط للدفاع عن أسس أصول وكليات قوى المجتمع المتحرك، ولمواجهة كل محاولات اختراقها. وعليه ومن حيث هي كذلك، يتكامل المفهومان الوقائي والحمائي للاضطلاع بهذا الدور مما يتعين معه إدراك التداخل بينهما على أصل من كون النظام العام الحمائي خط الدفاع الأخير، حال حصول اختراق لأي من القواعد النظامية الفوقية لم يتمكن النظام العام الوقائي من صده. ومن ثم تغدو تلك الملاحظة وعلى الرغم من وجاهتها النظرية، عديمة الأثر في توجيه نقد للبناء الكلي لكلا المفهومين، إذ يظل للنظام العام الاستبعادي دوره الأصيل في حمى النظام القانوني الوطنية المنفعل أيضاً في وجود النظام العام الوقائي، لتغطية الاختلال العفوي بآلياته وتفادي أحوال اختراق القانون الأجنبي واجب التطبيق، لأي من القواعد النظامية التي تعد من القواعد ذات التطبيق الضروري.

٢٤٧ ـ انحسار النظام العام الوقائي عن علاقات الأحوال الشخصية: وثمة ما يرتبط بتحليلنا ذاك يجدر العرض له، إذ لكون القواعد ذات التطبيق الضروري التي يتشكل منها هيكل النظام العام الوقائي، تتكون بالأساس من القواعد النظامية الفوقية وما يرتبط بها على نحو وثيق ومباشر من قواعد نظامية فرعية، وجملتها قواعد تعكس إطار المكون الضروري للدولة، من كليات وأصول تؤسس عليها الدولة أيديولوجياتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية فضلاً عن أنساق قيمها الثقافية الرسمية، ـ أقول ـ اعتباراً بذاك، يضحى نطاق انفعال النظام العام الوقائي، منحصراً غالبه بساحة المعاملات الخاصة التي تنتظمها الدولة، فضلاً عن ساحة العلاقات التي تكون الدولة طرفاً مباشراً فيها، حال تنحسر بالغالب الأعم عن نطاق الأحوال الشخصية، التي تحكمها منهجاً القواعد النظامية الارتكازية المستقاة من الإطار العقدي العام صاحب الحاكمية المتغلبة جمعاً. فلا يبقى من القواعد ذات التطبيق الضروري حاكماً بساحة الأحوال الشخصية، سوى النزر اليسير من القواعد النظامية التي تبنتها الدولة عقداً مع ارتدادها مرجعاً إلى

الإطار العقدي الجمعي[1]. ليبقى، على الرغم من كل هذا، ما للقضاء من سلطة تقدير أمر المسألة المعروضة عليه، وتكييف ما تثيره من إشكالات، وما تستلزمه من حلول، وما إذا كانت هذه الحلول تستوجب تطبيقاً لقانون أجنبي، أم يتعين إعمال القانون الوطني مباشرة لكون القاعدة الوطنية متعينة التطبيق مما يعرف بالقواعد ذات التطبيق الضروري، وحال ما لم يَرَ القاضي إعمالاً فورياً للقاعدة الوطنية، فيظل له سلطان تقدير شأن القاعدة الأجنبية واجبة الانطباق، وما إذا كانت تخالف النظام العام فيجب استبعادها أم أنه ليس بها مناقضة لأي من مقتضياته فيتعين إعمالها عندئذ.

١/٢٤٧ ـ ومن أهم الأمثلة على تفرد التطبيق القضائي في خصوص تقدير قاعدة وطنية ما من القواعد ذات التطبيق الضروري، قضاء محكمة النقض المصرية المعتبر حظر التعامل بشرط الذهب في الوفاء بالالتزامات ذات الطابع الدولي من القواعد ذات التطبيق الضروري، حيث انتهت المحكمة إلى أن «التشريع الخاص بشرط الذهب في مصر ـ وهو الصادر بشأنه الأمر العالي في أغسطس ١٩١٤ بفرض سعر إلزامي للعملة الورقية ثم المرسوم بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٣٥ الذي نص على بطلان شرط الذهب في العقود التي يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية ـ تتعلق أحكامه بالنظام العام، ومن مقتضى تلك الأحكام بطلان شرط الذهب في المعاملات الداخلية والخارجية على السواء، وهو أمر راعى المشرع فيه المصلحة العامة المصرية، ومن ثم فإنه لا يمكن القول بان انضمام مصر إلى اتفاقية فارسوفيا بالقانون رقم ٥٩٣ لسنة ١٩٥٥ من شأنه التأثير في هذا التشريع الخاص بما يعد إلغاءً له أو استثناءً من بطلان شرط الذهب يضاف إلى الاستثناءات الواردة فيه على سبيل الحصر. ومن ثم فلا يعتد بالشرط الوارد في اتفاقية فارسوفيا الذي يقضي بإبداء التعويض بما يعادل قيمة الذهب المبينة له من العملة الوطنية، إذ أن شرط الوفاء بعملة وطنية على أساس قيمتها ذهباً ليس إلا تحايلاً على القانون الذي فرض للعملة الورقية سعراً إلزامياً ولا جدوى من إبطال شرط الدفع بالذهب إذ لم يتناول البطلان هذه الصورة»[2]. والحق أن هذا القضاء، وعلى الرغم من

---

(١) بيد أن مما تجدر ملاحظته بهذا السياق، ندرة تطبيقات القضاء المصري في خاصة حال النظام العام الوقائي، فلم نتمكن من التحصل على حكم واحد يصرح بالقواعد ذات التطبيق الضروري، أو يقوم بتصنيف القواعد القانونية الوطنية على هدى من هذا الأصل، اللهم سوى حكم تعاملت به محكمة النقض بمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري رغم عدم إشارتها البتة إلى هذه المنهجية، وهو ما سوف نعرض له لاحقاً. الأمر الذي يصعب معه استقراء اتجاهات للقضاء المصري بهذا الخصوص.

(٢) محكمة النقض ـ طعن رقم ٣٦٦ لسنة ٣٣ ـ جلسة ١٩٦٤/٤/٢٧ ـ ونورد ذكر ذاك القضاء رغم أنه لم يكن بصدد منازعة ذات عنصر أجنبي مما يختص به فقه القانون الدولي الخاص، كون نهج تناول المحكمة لقاعدة حظر الدفع بالذهب، استوى على هدى من نهج القواعد القانونية الأخرى =

عدم تصريحه بكون حظر شرط الدفع بالذهب من القواعد ذات التطبيق الضروري، وكذلك على الرغم من اكتفائه بالإشارة إلى أنه من قواعد النظام العام، فإن مقتضى هذا القضاء يفيد اعتباره هذه القاعدة من القواعد ذات التطبيق الضروري. وآية ذلك، أن تلك القواعد ذات التطبيق الضروري وعلى ما تقدم، تتأصل على ركنين جوهريين، أولهما تدخل الدولة بسنها على هيئة تشريع، وثانيهما تكريسها لأي من أصول الدولة الاقتصادية أو السياسية أو الاجتماعية التي تعبر عن مصالح الدولة الحيوية. وبذلك تصير هذه القواعد واجبة الإعمال لزوماً عند كل تعين لمقتضاها، أياً ما يكون مثار تداعيها، فالمسألة المحلية المحضة كالمسألة ذات الطابع الدولي التي تنطوي على عناصر أجنبية، كلاهما على سواء من حيث وجوب إعمال تلك القواعد على نحو فوري مباشر. وإذ كان الوضع الاقتصادي لأي دولة من الدول يتأصل فيما يستقيم به على التنظيم النقدي، وكان الأخير يستلزم تعييناً دقيقاً للعملة الوطنية مع توفير الحماية الكافية لضمان صلاحيتها وعاءً للتقويم، وتوفير السعر المناسب لها، فإن كل هذا لا يتحقق إلا بفرض تلك العملة الوطنية باعتبارها وعاء التقدير الأوحد داخل الدولة، دون أن يبزها وعاءً آخر، أكان عملة دولة أخرى أم أي أداة تقويم نقدي آخر. ويضاف إلى هذا، اعتبارات أخرى تتعلق بالسيادة الوطنية لما تحمله العملة الوطنية من تقدير على مستوى التقويم الاقتصادي للقرار الرسمي السيادي، الأمر الذي يستلزم توفير أعلى قدر من الحماية لها. ـ أقول ـ إذا كان ذلك كذلك، يغدو بطلان الدفع بشرط الذهب، من الأصول التي ينبني عليها النظم الاقتصادي للدولة التي تشترطه، وهو ما استظهرته محكمة النقض بحكمها المذكور آنفاً، باعتباره من النظام العام على حد تعبيرها. بيد أن ما يفوق هذا الكشف القضائي لماهية قاعدة بطلان شرط الدفع بالذهب، أن المحكمة عينت تلك القاعدة بحسبها من القواعد ذات التطبيق الضروري، فقد أعملت هذه القاعدة مباشرة، تغليباً لها على نصوص وردت باتفاقية موقع عليها وصادرة بتشريع وطني، ولا ريب أن هذا يعد من أهم سمات القواعد ذات التطبيق الضروري، الذي تتنحى في مواجهته القواعد والنصوص الأخرى كافة، انتصاراً لها وتغليباً لعناصر لزوم تصبغها بوجوب عصي على التجاوز. وعليه صار الحاكم للمسألة أمام القضاء المصري بهذا الخصوص، قاعدة حظر التعامل بالذهب وفاءً لالتزامات دولية، ورغم كون المنازعة مثار المسألة خالصة المحلية، إلا أن هذه القاعدة ولكونها من القواعد ذات التطبيق الضروري متعينة الإعمال فوراً تغليباً لها في مواجهة القواعد القانونية الأخرى الوطنية والدولية كافة، فقد تم إعمالها على الحال الماثلة.

= مما قد يتعين حكماً للعلاقة موضع المنازعة، أكانت قواعد أجنبية أشار منهج الإسناد إليها أو قواعد وطنية تعين تفسيرها في ضوء مقتضى القواعد ذات التطبيق الضروري.

٢/٢٤٧ ـ وبعد وعلى الرغم من أن المثال المطروح لا يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص، فإن ذكره ما كان إلا تأكيداً لوضع القواعد ذات التطبيق الضروري، الذي يجاوز نطاق القانون الدولي الخاص ليشمل النظام القانوني أجمع. الأمر الذي يحمل دلالته على مستوى انعكاس وضع هذه القواعد في أحوال الإشكالات التي تثار في نطاق القانون الدولي الخاص باعتبار تلك القواعد من النظام العام العصي على المخالفة حتى من قبل القواعد الوطنية ذاتها ولذلك يتعين دوماً حملها تفسيراً بما يوائم مقتضيات القواعد ذات التطبيق الضروري، بل إنه يلزم إعمالها مباشرة، لحاكميتها بالنسبة لسائر قواعد النظام القانوني الوطني فضلاً عن القواعد الأجنبية التي تشير إليها قواعد الإسناد الوطنية.

المطلب السادس

المفهوم الكلي لفكرة النظام العام
في قضاء الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص

٢٤٨ ـ **تمهيد**: في نظرنا أن افضل ما يمكن أن يعبر عن موقف القضاء الوطني المصري من مفهوم النظام العام بالقانون الدولي الخاص، يتمثل في ساحة الأحوال الشخصية، فيما يعرض من منازعات تتعلق بها وتكون ذات عنصر أجنبي. فبادئ ذي بدء، تكاد تستقر محكمة النقض المصرية، وفي خصوص النظام العام الحمائي بصفته دفعاً استبعادياً، على أنه «وإن خلا التقنين المدني والقانون رقم ٤٦٣ لسنة ١٩٥٥ من تحديد المقصود بالنظام العام، إلا أن المتفق عليه انه يشمل القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، سواء من الناحية السياسية أم الاجتماعية أم الاقتصادية، والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد، وتقوم فكرته على أساس مذهب علماني بحت يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها ولا يجب ربطه البتة بأحد أحكام الشرائع الدينية، وإن كان هذا لا ينفي قيامه أحياناً على سند مما يمت إلى العقيدة الدينية بسبب، متى أصبحت هذه العقيدة وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي المستقر في ضمير الجماعة، بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد به، مما مفاده وجوب أن تنصرف هذه القواعد إلى المواطنين جميعاً من المسلمين وغير المسلمين بصرف النظر عن ديانتهم، فلا يمكن تبغيض فكرة النظام العام وجعل بعض قواعده مقصورة على المسيحيين وينفرد المسلمون ببعضه الآخر، إذ لا يتصور أن يكون معيار النظام العام شخصياً أو طائفياً، وإنما يتسم تقديره بالموضوعية، متفقاً وما تدين به الجماعة في الأغلب الأعم من أفرادها»(١).
وعليه انتهت في غير قضاء لها إلى أنه «وفقاً للمادة (٢٨) من القانون المدني لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في مصر، بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة أو أساسية للجماعة، ولا يدخل في هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني أو مجرد التفضيل بينهما»(٢).

---

(١) محكمة النقض ـ الطعنان رقما ١٦/ ٢٦ لسنة ٤٨ق. ـ جلسة ١٩٧٩/١/١٧.

(٢) محكمة النقض ـ الطعن رقم ٣٧١ لسنة ٣٢ق. ـ جلسة ١٩٦٧/٤/٥.

١/٢٤٨ ـ الأمر الذي يستبين معه أن محكمة النقض تتعامل مع مفهوم النظام العام، باعتباره مفهوماً كلياً موحداً غير قابل لتبعض، وغير الممكن صرفه في قدر من قواعده إلى طائفة دون الأخرى، فهو مفهوم موضوعي يجري على أفراد الجماعة السياسية العامة كافة دون استثناء. ومن جانب آخر، وانصياعاً لضرورات حال التنظيم القانوني المعاصر بأصوله الوضعية، ترى المحكمة أن النظام العام مفهوم علماني بالأساس يعبر عما تعتقده الجماعة بأسرها من مذهب عام، أي أنه يعبر عن الوضع الطبيعي المادي والمعنوي للمجتمع المنظم الذي تقوم الدولة عليه، وأغلب الظن أن مقصود المحكمة بالمذهب العام على هذا النحو، إلى الوضع الأيديولوجي للدولة وجملة الأنساق الفكرية والقيمية المتبناة من قبلها. الأمر الذي يتأبى وربطه بأحد أحكام الشرائع الدينية. وبهذه الخاصية يصير النظام العام مفهوماً يرنو دوماً صوب المصلحة العامة للدولة سواء المصلحة السياسية أم الاقتصادية أم الاجتماعية. وهو ما قد يفيد تبني المحكمة لنظر الدولة الرسمي تجاه فكرة النظام العام، حيث الاستبعاد الكامل للجماعة ودورها في بلورة قطاع عريض من ذاك المفهوم، بانعكاساته القانونية.

٢/٢٤٨ ـ وعليه يضحى مفهوم النظام العام وفق هذا النظر هيكلاً مزدوج الدرجة، فتتوزع قواعده على مستويين، مستوى فوقي يتعلق بضرورات المكون الجمعي للدولة، ومستوى فرعي بما يضمه من تفصيل لأصول ذاك المكون، مع إغفال شبه كامل لأوضاع المكون الضروري للأفراد والجماعة، الذي يتشكل على هداه المستوى الارتكازي لها المفهوم. ولا يقف الأمر عند هذا الحد إذ إن المحكمة ومن جانب ثالث، استطردت استطراداً تبنت بموجبه بعضاً من الأنساق والمفاهيم العقدية التي تدين بها الكثرة الغالبة من الجماعة، مقررة أن ذاك الوضع العلماني لمفهوم النظام العام، لا ينفي إمكان قيامه أحياناً على سند مما يمت إلى العقيدة الدينية بسبب، متى أصبحت هذه العقيدة وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي المستقر في ضمير الجماعة، بحيث يتأذى الشعور العام من عدم الاعتداد بها. وهو ما يستفاد منه أن النظام العام في هذا الشق يرتد مرجعياً إلى الجماعة مباشرة لا إلى متبنى الدولة الأيديولوجي؛ ودليل ذلك ربط المحكمة سند قيام النظام العام في هذا الشق على أصل من الإطار العقدي بالاتصال الوثيق لهذا الإطار بالنظامين القانوني والاجتماعي الواقر بالضمير الجمعي، فلم تذكر المحكمة الواقر بالضمير الرسمي للدولة، مؤكدة ذلك بالأثر الذي ذكرته مترتباً على عدم الاعتداد بأي من تلك الأصول، إذ عينته في تأذي الشعور الجمعي فحسب لا الرسمي للدولة. ما يبين معه أن محكمة النقض قد اعتدت بمفهوم النظام العام، من حيث هو تعبير عن الأصول وكليات الجماعة، كما هو انعكاس لأصول وكليات الدولة، أي أن نظرها لهيكل ذاك المفهوم يقوم على تقدير انطوائه على المستوى الارتكازي أيضاً.

٣/٢٤٨ ـ وعليه فقد اعتدت محكمة النقض في مجال الأحوال الشخصية، بالشريعة الإسلامية إطاراً عقدياً للجماعة المصرية بأسرها، ينصاع له غير المسلمين انصياع المسلمين، الكل سواء في وجوب التزام أحكام تلك الشريعة في خاصة مسائل الأحوال الشخصية. وإن كان هذا لا ينفي قدر التمايز المسموح به في أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، لما تحتمله الشريعة الإسلامية من إعمال لأحكام شرائع غير إسلامية على من يدينون بها على الرغم مما قد تنطوي عليه من مخالفة للشريعة الإسلامية. فقط ما تعنيه محكمة النقض أن النظام العام الوطني المصري إنما يتأصل في خاصة الأحوال الشخصية، على هدى من أصول الشريعة الإسلامية، أما ما يعد من كليات أو أصول شرائع غير المسلمين، فهو وإن عد من أصولهم، إلا أنه من العصي اعتباره من النظام العام المصري. فإن خالف غير المسلمين أياً من كليات أو أصول نظم الأحوال الشخصية الخاصة بهم، فإن جزاء الإبطال إنما يكون لمخالفة أحد الأسس التي تنبني عليها كلياتهم العقدية الحاكمة بهذا الخصوص، لا بسبب مخالفة أحد قواعد النظام العام. أي أن الأساس الذي ينبني عليه الأصل العقدي لأي من شرائع غير المسلمين، وإن صلح ليكون قاعدة آمرة بالنسبة لأولئك الذين يدينون به فلا يصلح البتة لأن يكون من النظام العام المصري، الذي تنحصر مرجعيته بالإطار العقدي الإسلامي فحسب.
وعلى ذلك انتهت محكمة النقض بذات القضاء المذكور إلى أنه «وبهذه المثابة فلا يمكن اعتبار مبدأ عدم تعدد الزوجات من النظام العام بالمعنى السابق تجليته، أخذاً بما هو مسلم به من قصره على الشريعة المسيحية وحدها . . . . فالإجماع أخذاً بروح الإنجيل وفكرة الجسد الواحد وعفة الزواج المسيحي، على أن الوحدة في الزواج تعتبر من المبادئ التي تمسكت بها المسيحية من مستهل بزوغها، ومن خصائص الزواج المسيحي أنه علاقة لا يمكن أن تنشأ إلا بين رجل واحد وامرأة واحدة، فلا يجوز للرجل أن يتزوج بأكثر من امرأة في نفس الوقت، ولا يجوز للمرأة أن تجمع أكثر من زوج في وقت واحد، وحظر تعدد الزوجات وتعدد الأزواج على السواء يعد من المبادئ التي سادت المسيحية طوال العشرين قرناً الماضية ولم تكن إطلاقاً موضع خلاف على الرغم من انقسام الكنيسة إلى شرقية غربية وإلى أرثوذكسية وكاثوليكية وبروتستانتية، حتى أصبحت شريعة الزوجة الواحدة لها سمة وعليها علماً، مما مؤداه أن هذا المبدأ ـ وإن لم يرق إلى مرتبة النظام العام على ما سبق بيانه ـ يعتبر من القواعد الأصلية في المسيحية على اختلاف مللها ونحلها وطوائفها ومذاهبها المتعلقة بصميم العقيدة الدينية الواجبة الاحترام والخليقة بالانصياع فيما بين المسيحيين. بحيث إنه في نطاق التعدد المعاصر للزوجات ـ بخلاف الزيجات المتعاقبة ـ يعتبر الزواج الثاني المعقود حال قيام الزيجة الأولى باطلاً ولو رضي به الزوجان، ويكون لكل ذي

شأن حق الطعن فيه»[1]. ما مفاده أن محكمة النقض وإن قدرت لزوم قاعدة الزيجة الواحدة في الشأن المسيحي على اختلاف مذاهبه وملله ونحله وطوائفه، فقد بقيت تلك القاعدة بعيدة كل البعد عن اعتبارها من النظام العام، وذلك بحكم خصوص نطاقها المنحصر تحديداً بالشأن المسيحي وحده، وهو شأن لا يمثل من جملة الشأن المصري ـ على الرغم من التقدير الكامل له بحكم المواطنة ـ سوى جزء من نظام الأقلية الذي لا يرقى إلى حد تشكيل العقل الجمعي المصري، ذاك العقل الذي يكونه معتقد الأكثرية الغالبة، أي الشريعة الإسلامية. وعليه تضحى قاعدة الزوجة الواحدة في شرع الشأن المسيحي قاعدة آمرة فحسب. ينصاع لأمرها بموجب إلزامها المسيحيون كافة، وتعد مخالفتها مرتبة للبطلان العصي على الإجازة أو التصحح، والذي يمكن لكل ذي شأن التمسك به.

٤/٢٤٨ ـ **تعليق**: مذهب محكمة النقض سالف الذكر يثير التساؤل عن مدى إمكان اعتبار قاعدة لازمة في الشريعة المسيحية قاعدة ملزمة في نظم قانوني يتخذ من الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للأحكام كافة؟ والجواب عن هذا السؤال يوجب التسليم بأن النظام القانوني المصري وهو يتأصل ـ بالأقل وبالأخص ـ في نطاق الأحوال الشخصية على الشريعة الإسلامية، فإنه يستصحب تقسيمها للأحكام العملية إلى واجب ومحرم ومباح. فالأولان يجب التزامهما على الكافة ـ مسلمين وغير مسلمين ـ داخل الجماعة المصرية. إذ يتشكل الوجدان الجمعي على هديهما. بينما الأحكام الواردة على سبيل الإباحة تحتمل الشريعة فيها وتتقبل قيام ما ينافيها من شرائع غير المسلمين، وتلزم القضاء بتطبيقها عليهم. وهذا هو الشأن في قاعدة تعدد الزوجات. فإذا كان تعدد الزوجات في حدود الأربع، مقرراً إسلامياً على سبيل الإباحة لا الوجوب، أمكن تقبل أحكام شريعة المسيحيين، التي تتأبى على مثل ذلك التعدد، حال لا يمكن تقبل توارث زوجة الأخ المتوفى من قبل الأخ الأكبر كما هو مقرر بشريعة اليهود، كون الرضا من أركان الزواج الواجبة بالشرع الإسلامي. وعلة ذلك جلية إذ المستقر عليه فقهاً، أن ما ورد على سبيل الإباحة، يجوز لولي الأمر تحريك مقتضاه من الإباحة إلى التحريم أو الوجوب، أي أن حكم الإباحة غير ملزم في ذات إباحته، وإنما هو تقرر كذلك من باب التوسعة على العباد، مما يجيز دوماً حال تحقق صالحاً لهم في غيره، إما بالتحريم أو الوجوب فرضاً، الصيرورة إليه. وعليه فان كان صالح غير المسلمين وفق نظم شرائعهم يقتضي إعمالاً لأحكام تتباين والإباحة المقررة بالشرع الإسلامي، أمكن الاعتداد بهذه النظم وموافقة أهلها عليها.

---

(١) ذات الحكم آنف الإشارة.

٥/٢٤٨ ـ يجوز وجود نظام مسيحي أو مستمد من قانون أجنبي ويطبق في مصر في المسائل التي لا تخالف الشريعة حلاً وحرمةً: وفي خاصة هذا الأمر ثمة ما يجدر العرض له مما قد يخالف ما انتهت إليه محكمة النقض على ما تقدم، إذ ليس ثمة ما يمنع من أن يتكون نظام عام يخص بعضاً من الجماعات الفرعية، التي تضمها بالجماعة السياسية العامة، فيعد بالنسبة لهذه الجماعات الفرعية انعكاساً لأصولها وكلياتها، ما دام لا يعارض أياً من قواعد النظام العام الجمعي الكلي. الأمر الذي لا مانع معه من جواز تكون نظام عام للمسيحيين، يكافئ موضوعاً التصنيف النوعي لكثير من قواعد النظام العام، وإن كان بهذه الحال يمكن اعتباره نظاماً عاماً فرعياً لا نوعياً، لا يعارض في أصوله أو كلياته، أياً من أصول وكليات النظام العام الوطني المصري، الذي يجد في الشريعة الإسلامية مرجعاً حاكماً. وعليه يجوز اعتبار منع تعدد الزوجات في الشرع المسيحي، من النظام العام المسيحي، المستوعب بالنظام العام الوطني المصري. والأمر ذاته يصح حيال أوضاع الإشكالات التي تثيرها المنازعات ذات العناصر الأجنبية، إذ ليس ثمة ما يحول دون الاعتراف ببعض من القواعد الأجنبية على الرغم من أنها قد تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، ما دامت تلك الأخيرة، مقررة شرعاً على سبيل الإباحة لا الوجوب أو التحريم. فإذا ما تعين قانون أجنبي، يحظر على الزوج الأجنبي التزوج بأكثر من واحدة، فلا يمنع القاضي المصري من إعمال القانون الأجنبي للزوج عندئذ، وإبطال زواجه الثاني، ما دام الزوج أجنبياً غير مسلم. ولعل إلى ذلك كان توحيد المشرع المصري لنظم التوارث، حيث سن من الأحكام التي استمدت من الشرع الإسلامي، ما لزم انطباقه على كافة المصريين بغض النظر عن دياناتهم ومللهم وطوائفهم ومذاهبهم. وأساس ذلك أن أحكام الميراث بالشريعة الإسلامية، واجبة لزوماً، كون ما لم يكن منه قطعياً كان قسيماً للقطعي[١]، أي أنها واجبة فرضاً، ما لا سبيل معه للتجاوز عنها أو مخالفتها. بيد أنه وعلى الرغم من كون هذا الوجوب مما يلف كافة المسلمين الذين يتعين عليهم الانصياع لأحكامها وحدهم، فقد أفسح المشرع الوضعي المصري من نطاق هذا اللزوم، حتى يشمل غير المسلمين من المصريين أيضاً، وذلك لأسباب، أولها أن أحكام الميراث وفق التأصيل الوضعي تعد من قواعد النظام العام الوطني المصري التي لا محيص عن الاعتداد بها على هذه الهيئة بهذه الطبيعة، كون القطعيات وقسائم القطعيات في الشرع الإسلامي، هي مما تعد من أصول المكون الضروري للجماعة المصرية، فالإسلام وأحكام شرعه يمثلان الهوية الذاتية للكثرة الغالبة من هذه الجماعة، مما تصير معه تلك القواعد من النظام العام المصري لا محالة. أما السبب الآخر، فلكون شرائع غير المسلمين من المسيحيين لم

---

(١) انظر مقصودنا للقطعي ولقسيم القطعي بالفصل الثاني من الباب الأول.

تنطو على أي قواعد تفيد تنظيماً مستقلاً لأحكام الميراث، بل جرى الأمر عبر العقود المختلفة منذ الفتح الإسلامي لمصر، على تطبيق أحكام الميراث المقررة في الشريعة الإسلامية، على المسيحيين أيضاً، مما صار معه ميراثهم الثقافي الخاص بنظم التوارث إسلامياً صرفاً، فسهل الأمر منطقاً على المشرع كي يعمل أحكام الميراث الإسلامية على المسيحيين من المواطنين المصريين، أي أن ثمة ما تكون لدى العقل الجمعي المسيحي المصري، ما صارت معه أحكام التوارث الإسلامية من مكونات وجودهم. أما السبب الثالث فهو ذاك القائم على أصل من مفاهيم الوضعية القانونية، إذ التوارث يعد من أهم صور انتقال الثروة بالمجتمع، بل هو أصل ينتظم المجتمع على هداه مفاهيمه الاقتصادية، وتكون موضع تقدير كامل من قبل المشرع، عند تنظيمه لأي من الشؤون الاقتصادية أو النقدية، ما لا مناص معه والحال هذه من وجوب ضبط تلك النظم ضبطاً كلياً، ملزماً الكافة دون استثناء. الأمر الذي كان من شأنه ونزولاً على تلك الضرورات الوضعية، وجوب اعتبار قواعد الميراث من النظام العام.

٢٤٩ ـ الموقف من ميراث الأجانب: إلا أن الأمر يدق في خاصة إشكالات تنازع القوانين، فيما تثيره من أحوال تعين قانون أجنبي للمواريث، حكماً لنزاع ما يكون معروضاً على القضاء المصري، حيث يقرر هذا القانون أحكاماً تختلف مع نظم التوارث المقررة شرعاً بالنظم الإسلامي. ووجه الدقة في هذا الخصوص يكمن في التناقض الذي يعيب المعادلة الحاصلة، فتلك النظم التي يقررها القانون الأجنبي تتفق مع أصل المكون الضروري للورثة الأجانب، حال كونها تخالف أحد أصول المكون الضروري للجماعة المصرية، فضلاً عن صيرورتها من أصول المكون الضروري للدولة المصرية ذاتها نزولاً على ما سبقت الإشارة إليه من اعتبارات الضرورة الوضعية، فهل يتم تغليب ضرورات هذا المكون المصري المستقى كلياً من الشرع الإسلامي، باستبعاد القانون الأجنبي وإعمال القانون المصري بدلاً منه، على الرغم مما يثيره هذا من انتهاك لأدق خصوصيات المكون الضروري للورثة وما يثيره ذلك من تناقض مع التوقع القانوني المعتاد لأولئك الأجانب من الورثة، إزاء تطبيق قانون غريب عنهم لم يكن متوقعاً من قبلهم البتة. أم أنه يتم إعمال تلك النظم الأجنبية تغليباً للاعتبارات المذكورة، على حساب مقتضيات النظام العام المصري.

١/٢٤٩ ـ اتجه الفقه إلى التوفيق بين هذه الاعتبارات المختلفة، فقام بتقسيم أحكام الميراث الإسلامية إلى طائفتين؛ أولاهما: تلك الأحكام التي تقرر الأصول العامة والكليات الأساس في منظومة التوريث وفق نهج الشرع الإسلامي، وثانيتهما: تلك الأحكام التي تقرر بيان الورثة وتحدد مراتبهم ودرجاتهم وأنصبتهم. وحال اعتبر هذا الفقه مخالفة أي من أحكام الطائفة الأولى، مخالفة للنظام العام الوطني، تستوجب

لزوماً استبعاد القانون الأجنبي، بغض النظر عن ديانة المورث. اعتبر مخالفة أحكام الطائفة الثانية بالنسبة لغير المسلمين من المورثين فحسب، تشكل مخالفة للنظام العام المصري، فلا يكون ثمة ما يستوجب استبعاد ذلك القانون الأجنبي، على ما سلف تبيانه آنفاً. إلا أننا وعلى الرغم من تحفظنا آنف الإشارة على نهج هذا التحليل، فإن صحيح الأمر بنظرنا نحسبه قابلاً للاستواء، غير بعيد عما انتهى الفقه إليه بهذا الخصوص. إذ يجري الظن لدينا على جواز التمييز ما بين الأصول العامة التي ينبني عليها قوام نظم المواريث بالشريعة الإسلامية، وتلك الأحكام الجزئية التي تفصل كليات التوريث الإسلامي. فما لا ريب فيه أن توريث أبناء المورث كافة، وميراث الزوجة من زوجها، وكذلك موانع الميراث كافة كاعتبار الدين مانعاً من التوارث، وحظر إقامة التبني سبباً للميراث، وحظر اعتبار اختلاف اللون أو الجنس مانعاً من الميراث لا ريب في أن تلك الأحكام تعد من كليات النظم الإسلامي في شأن الميراث، مما لا مناص معه من اعتبارها من النظام العام الوطني المصري، بحيث تجرى أحكامها على الكافة ممن يقطنون الإقليم المصري بغض النظر عن جنسياتهم وما يدينون به. وعلى هدي منها يتم استبعاد ما يتعين من قوانين أجنبية تخالف مقتضاها وتناقض مفادها. وأصل هذا الاستبعاد مكمنه كون تلك القواعد من الكليات التي يتشكل منها المكون الضروري للجماعة المصرية، أي تلك الأصول التي يتكون منها المستوى الارتكازي لهيكل مفهوم النظام العام. بينما مراتب الورثة وأنصبتهم ودرجاتهم، مما أجاز فيه الفقه الإسلامي، تباينه عن مقتضى الأصول الإسلامية، من القواعد التفصيلية التي يجوز استواء القانون الأجنبي على خلافها فيتم إعماله، دون أن يكون بسبب هذا الإعمال إنجراح للنظام العام الوطني ودون أن ينخدش به الشعور الجمعي المصري العام[1]. والأمر في النهاية وفق تقدير القضاء بهذا الخصوص، حسبما يراه مما يعرض له من نوازل محدوداً بأصول الشرع الإسلامي التي يتشكل على هدي منها الإطار العام لكليات الهدي الإسلامي في مسألة المواريث، ومحدوداً كذلك بكون ذلك الاجتهاد لا يلحق سوى أحوال القوانين الأجنبية التي تتعين للانطباق على غير المسلمين من الأجانب وحدهم.

٢/٢٤٩ ـ موقف القضاء المصري من ميراث الأجانب: تكاد عقيدة القضاء المصري أن تستقر في خاصة النظم القانوني الحاكم لشؤون المواريث بعامة على أنه «إذ كانت أحكام المواريث تستند إلى نصوص شرعية قطعية الثبوت والدلالة وبينها القرآن الكريم

(١) وذاك مع تسليمنا القاطع بأن أحكام المواريث كلها، هي إما من القطعيات أو قسائم القطعيات، التي لا فكاك من اعتبارها أصلاً شرعياً، مما ينبني عليه تكامل المعتنق العقدي الإسلامي، ومن ثم فلا من سبيل سوى الانصياع لها بكافة أحوال التوارث التي يكون فيها المورث والورثة من المسلمين، أياً ما تكون بعد جنسياتهم.

بياناً محكماً، وقد استمد منها قانون المواريث أحكامه، فإنها تعتبر متعلقة بالنظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية المستقرة في ضمير المجتمع، بما يمتنع معه التحايل عليها أو تبديلها مهما اختلف الزمان والمكان. ومن ثم يكون لذوي الشأن إثارة ما قد يخالف هذه الأحكام سواء أكان ذلك في صورة دعوى مبتدأة أو في صورة دفع»[1]. إذ «أحكام الإرث وتعيين نصيب كل وارث في التركة من النظام العام وكل تحايل على مخالفة هذه الحكام باطل بطلاناً مطلقاً، ومن ثم فلا يسري على هذا البطلان التقادم المنصوص عليه في المادة (١٤٠) مدني»[2]. أي أن «التحاليل الممنوع على أحكام الإرث ـ لتعلق الإرث بالنظام العام ـ هو ما كان متصلاً بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعاً، كاعتبار شخص وارثاً وهو في الحقيقة غير وارث والعكس، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل في التركات المستقبلة كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعاً، أو الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية»[3]. ما يبين معه، أن محكمة النقض المصرية بصرت أحكام الميراث من النظام العام، وذاك لاستنادها إلى نصوص شرعية قطعية الثبوت والدلالة، بينتها أحكام القرآن الكريم بياناً محكماً، أي أن محكمة النقض عدت أحكام الميراث من قواعد النظام العام الارتكازي، التي تستمد من إطار المعتنق الجمعي، كونها من أسس المكون الضروري للجماعة المصرية. بيد أنها ومن جانب آخر، لم تغفل التعامل مع أحكام الميراث، على أنها من قواعد النظام العام الفوقي أيضاً، وذاك لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية، أي لصلتها الوثيقة بمتبني الدولة المصرية، الأيديولوجي، على مستوى رؤيتها للتنظيم الاجتماعي، ما حدا بها إلى تبني تلك الأحكام في هيئة قواعد قانونية سنها مشرعها الوضعي. وكان موقف المحكمة، ذاك، من أجل تيسير ترتب الآثار المقررة قانوناً على الإخلال بأي من قواعد النظام العام الفوقي، من بطلان للتصرف المناقض لهذه القواعد بطلاناً مطلقاً، وإبطال لكافة صور التحايل على تلك الأحكام، فضلاً عن إجازة إثارة الدفع بهذا البطلان من قبل كل ذي شأن، سواء بهيئة دعوى مبتدأة أم في صورة دفع فرعي.

٣/٢٤٩ ـ وهذا النظر لم يحد عنه القضاء المصري، في شأن المنازعات ذات العنصر الأجنبي، المتعلقة بالمواريث. إذ قضت محكمة النقض المصرية بأنه «لئن كانت مسائل المواريث والوصايا وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، تخضع طبقاً لنص المادة (١٧) من التقنين المدني لقانون المورث أو الموصي أو من صدر منه

(١) محكمة النقض ـ الطعنان رقما ٣٦ لسنة ٦١ق. و١٥٤ لسنة ٦٣ق. ـ جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٥.
(٢) محكمة النقض ـ الطعن رقم ٣٩ لسنة ٢٩ق. ـ جلسة ١٩٦٤/١/٩.
(٣) محكمة النقض ـ الطعن رقم ٣٥٥ لسنة ٢٩ق. جلسة ١٩٦٤/٤/٩.

التصرف وقت موته، إلا أنه متى كان القانون الواجب التطبيق أجنبياً، فإن تطبيقه يكون مشروطاً بعدم مخالفة أحكامه للنظام العام أو الآداب في مصر، وفقاً لما تقضي به المادة (٢٨) من التقنين المدني. وإذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المتوفى لبناني الجنسية، فإن القانون اللبناني هو المرجع في تحديد ورثته وذلك في حدود ما لا يتعارض من أحكامه مع النظام العام أو الآداب في مصر. ولما كان ما تقدم، وكان القانون اللبناني ـ على ما يتضح من حكم محكمة التمييز اللبنانية المقدم من المطعون عليها ـ لا يعتد بإسلام غير المسلم إلا إذا تم وفقاً للأوضاع المحددة به، ولذا لم تعتد المحكمة المذكورة بإسلام المتوفى لعدم اتباعه هذه الأوضاع، بينما المقرر شرعاً أنه يكفي لإسلام غير المسلمين واعتباره في عداد المسلمين أن يتلفظ بالشهادتين دون حاجة لاتخاذ أي إجراء آخر، وهو ما ليس محل خلاف، وهي من القواعد الأصولية في الشريعة التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالنظام القانوني والاجتماعي، الذي استقر في ضمير الجماعة، بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون آخر عليها... فإنه لا مجال لتطبيق القانون اللبناني في هذا الخصوص. وإذ كان الثابت من الأوراق، أن المطعون عليها مسيحية الديانة، ومن ثم تختلف ديانة عن المتوفى، وكان المقرر وفقاً لنص المادة السادسة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣، أن اختلاف الدين مانع من موانع الميراث، وهي بدورها من القواعد الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية، وبالتالي تدخل في نطاق النظام العام ويمتنع تطبيق أحكام قانون آخر قد يأتي مخالفاً لها، فانه لا يكون للمطعون عليها مصلحة في طلب إلغاء إشهاد الوفاة والوراثة موضوع الدعوى»[(١)]. ليتبدى لنا من ذلك القضاء عدد من الملاحظات نجملها في:

أولاً: اعتداد القضاء الكامل بالإطار الجمعي العقدي الممثل في الشريعة الإسلامية، باعتباره المرجع والحكم في تشكيل ذاك القطاع من النظام العام الوطني المصري، الذي يضم أحكام المواريث.

ثانياً: التأكيد على أن تطبيق قوانين المواريث الأجنبية، يمكن دوماً، ما دام ليس ثمة تعارض بين أحكامها والنظام العام الوطني المصري، أي بمفهوم الموافقة ليس ثمة تعارض بينها وأي من الكليات والأصول الإسلامية ومنها إسلام المورث، فضلاً عن تلك التي يتأسس على هداها قطاع قواعد النظام العام المتعلقة بالمواريث.

ثالثاً: يبدو من ذلك القضاء ولكون المورث المتوفى مسلماً، اعتداد المحكمة بكل قواعد المواريث الإسلامية باعتبارها من النظام العام، فيما استلزمته من وجوب موافقة

---

(١) محكمة النقض ـ الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٨ نقض ـ جلسة ١٩٧٩/٦/٢٠.

أحكام القانون الأجنبي لأحكام الشرع الإسلامي في هذا الخصوص، حتى يمكن إعمال أحكام القانون الأجنبي، ومن ثم فإن المحكمة لم تعتد بالتفرقة داخل أحكام الميراث الإسلامية ما بين طائفة القواعد التي تُكوِن الأصول الكلية لمنظومة التوريث بالنظر الإسلامي وتلك التي تضع الأحكام التفصيلية لهذا النظم، على ما تقدم بشأن إعمال قوانين التوريث الأجنبية عند عدم كون المورث الأجنبي مسلماً.

٤/٢٤٩ ـ بيد أن ثمة ما يُستقرأ من بعض آخر من أحكام محكمة النقض مما قد يفيد خلاف النظر المتقدم، إذ قضت بأنه «إذ كان تطبيق القانون الفرنسي على واقعة الدعوى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الميراث بينما تعتبرها الشريعة الإسلامية وأحكام قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ من أصحاب الفروض والعصبات، وكانت أحكام المواريث الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية، تعتبر في حق المسلمين من النظام العام في مصر، إذ هي وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عَدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبي عليها بما لا يسع القاضي الوطني معه أن يتخلى عَنها ويطبق غيرها في الخصومات التي ترفع إليه متى كان المورث والورثة من المسلمين. إذ كان ذلك، وكان الثابت في الدعوى أن المتوفاة مسلمة وان الخصوم الذين يتنازعون تركتها مسلمون، فإن الحكم المطعون فيه إذ امتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي على واقعة الدعوى لا يكون قد خالف القانون»[(١)]. الأمر الذي يستبين منه، فضلاً عما تقدم وبمفهوم المخالفة، تعريض المحكمة دون تصريح بما سبق وحاولناه، من تمييز داخل أحكام المواريث المستقاة من النظم الشرعي الإسلامي للميراث، بين تلك التي تعد أصولاً وكليات وتلك التي تستوي تفصيلاً لقواعد التوريث. وآية ذاك، أن هذا القضاء المذكور أقام أسبابه في استبعاد القانون الأجنبي، ليس على كون القانون الأجنبي يخالف الشريعة الإسلامية من وجهة عدم توريثه للزوج والأخ رغم أنهما من أصحاب الفروض والعصبات فحسب، وإنما فضلاً عن ذلك، على كونهما هم والورثة من المسلمين أي ممن يتعين في خاصة حالهما تطبيق أحكام الشرع الإسلامي كاملة، مفصلها كمجملها، من وجهة لزوم الوجوب. بمفاد أن المحكمة إن لم تكن تذهب إلى مثل تلك الممايزة المذكورة، ما ألجأتها الحاجة إلى تأصيل قضائها على سند من حقيقة إسلام الورثة والمورثة، ولكانت اكتفت في بناء قضائها على هدى من اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام الشريعة الإسلامية فحسب، مبرراً كافياً في ذاته لاستبعاد القانون الأجنبي.

---

(١) محكمة النقض ـ الطعن رقم ١٧ لسنة ٣٢ ـ جلسة ١٩٦٤/٥/٢٧.

الفصل الثالث

فكرة النظام العام في مجال قضاء الأحوال الشخصية

٢٥٠ ـ تمهيد وتساؤل: البحث في هذه الجزئية من الدراسة، أمر به ما به من تركيب وتعقيد، وذلك على الرغم مما يتشح به من يسر ظاهر. فأما اليسر، فلمحدودية قضاء الأحوال الشخصية وتحيزه انحصاراً في مسائل الفقه القانوني للأسرة، بمتعلقاته من زواج بتداعياته وطلاق بآثاره. وهذه جلها مما يكاد ينحسم أمرها في نطاق علاقته بالنظام العام، فاستقرار تلك الأوضاع من الوجهات الشرعية ومن ثم القانونية، منذ زمن بعيد يمتد إلى ما قبل التنظيم القانوني الحديث، متدثرةً بمرجعية الشريعة الإسلامية هادياً وحاكماً وضابطاً، يجعل من شأن تعلقها بالنظام العام، أمراً يكاد يكون مستقراً ومتواتراً. لذا فلا نصادف في قضاء المحاكم الشرعية ومن بعده في دوائر الأحوال الشخصية، وكذا الأحكام القضائية المتعلقة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين، ما يمثل إبداعاً قضائياً في مقام تأصيل مفهوم النظام العام الوضعي أو إضافة علمية في مجال هياكله كالتي شهدناها في قضاء القانون العام الإنشائي في هذا الخصوص.

وأما التركيب والتعقيد الذي يصادف البحث في هذه الجزئية، فمرده أمور مرتبطة. أول تلك الأمور منهجي، يتأصل على ما وصل إليه البحث داخل الإطار النظري لمفهوم النظام العام في هيئته الوضعية، وإنكارنا لوجود هذا المفهوم بهذه الهيئة في البناء المنظومي للشريعة الإسلامية كونها المرجع لأحكام الأحوال الشخصية. وثاني تلك الأمور يتعلق بتساؤل أصل يطرح نفسه في شأن التصور الذي نعتمده أساساً للحكم على قضاء الأحوال الشخصية، هل هو التصور الوضعي لفكرة النظام العام، باعتبار ذلك القضاء في النهاية إنما هو قضاء وضعي، محسوب على المنظومة القانونية القضائية الحاكمة، متفاعل بها، مقيد بأوضاعها ومفاهيمها؟ أم أن المعتمد من قبلنا سوف يكون التصور الشرعي للمرجعية الإسلامية العليا على نحو ما تقدم بالباب السابق، كون قضاء الأحوال الشخصية مما يعد موضوعياً قضاءً شرعياً يرتد إلى أحكام الشريعة الإسلامية مرجعاً وضابطاً. وثالث تلك الأمور المتشابكة، يكمن في طبيعة قضاء الأحوال الشخصية ذاته، هل هو قضاء وضعي اعتباراً بكونه جزء من نظام قضائي وضعي قائم على تطبيق قوانين الأحوال الشخصية الوضعية[1]، التي هي من عمل المشرع الوضعي؟

---

(١) ليس مقصود الوضعية هنا علمانية تلك النصوص، إنما مقصودنا إلى أنها من وضع المشرع =

أم أننا نعده قضاءً شرعياً بحكم مرجعية الشريعة الإسلامية لتلك الأحكام الوضعية التي يطبقها. أما رابع هذه الأمور فهو التسمية التي سوف نطلقها على الأصول والكليات التي يعتد بها قضاء الأحوال الشخصية ضابطاً لمسائل الأحوال الشخصية، هل تُعد نظاماً عاماً من المنظور الوضعي أم تُعد إطاراً مرجعياً شرعياً من المنظور الإسلامي؟ وخامس تلك الأمور، موقف المحكمة الدستورية العليا من قوانين الأحوال الشخصية بمرجعيتها الشرعية الإسلامية، وفق مفاد نص المادة الثانية من الدستور، وهو موقف به كثير مما يستدعي العرض والمناقشة.

٢٥١ ـ مقدمات ضرورية: ولفض هذا التشابك، سوف نعرض لعدد من الأمور، باعتبارها مقدمات البحث في هذه الجزئية، لنلتزم العمل وفق هداها. هذه المقدمات آراء توفيقية بين اعتبارات متباينة نحسبها تعترض سبيل البحث على نحو ما سلف بيانه، وذلك بمحاولة الإمساك بما يصلح قواسم مشتركة بين الاعتبارات المختلفة، واضعين في الاعتبار أننا نتعامل مع نظام قانوني قائم فعلاً، لا مع محض نموذج يراد امتثاله، الأمر الذي قد يكون من آثاره، مفارقتنا ـ في خاصة مسألة أو أخرى ـ لقليل من عناصر أي من التصور الوضعي لمفهوم النظام العام، أو التصور الشرعي للإطار المرجعي الإسلامي، على ما انتهينا إليه بالباب السابق. ولا نكون بذلك ـ أي في حال حصول مثل هذا الافتراق ـ منكرين لما سبق وانتهينا إليه أو متناقضين مع أصول انبنى عليها منهجنا فيما سلف، وإنما نكون منصاعين لواقع يفرض نفسه قسراً، لا سبيل لإنكاره ولا مكنة للتغاضي عنه.

أولاً: يتعين بداية الإشارة إلى أن المقصود بمسائل الأحوال الشخصية وفق مقتضى نص المادة (١٣) من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ بشأن نظام القضاء، تلك المسائل المتعلقة بحالة الشخص وأهليته، ونظام الأسرة من زواج وطلاق ونسب، وتلك المتعلقة بالولاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة والمفقود، فضلاً عن مسائل المواريث والوصايا. وهي جميعها مسائل ترتبط بشكل مباشر، بأخص مكونات الهوية الذاتية للفرد، ألا وهو ديانته أي معتنقه العقدي، الذي يتشكل وجدان الفرد وفق تعاليمه وتتكون الأنساق القيمية والحكمية والفلسفية للفرد على هدي من أحكامه. فكانت الشرائع الدينية هي الحاكم الأعلى لمسائل الأحوال الشخصية، بحيث يخضع كل فرد لأحكام قانونه الشخصي المعتنق وتعاليم دينه الخاص. الأمر الذي أفرز حالاً من التعدد التشريعي في مسائل الأحوال الشخصية.

ثانياً: أن قضاء الأحوال الشخصية قام بدور في غاية الأهمية على مستوى التقريب

= الوطني، صحيح أنها تجد مرجعيتها في أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أنها في النهاية تظل من صنع المشرع الوضعي وتخيره.

بين مفاهيم الفقه الإسلامي وأوضاع القانون الوضعي، هذا من جانب، ومن جانب آخر قام بدور لا يقل أهمية على مستوى التعامل مع تشريعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين، لدمجها في النظام القانوني المصري الذي يجد من الشريعة الإسلامية أصلاً مرجعياً في هذا الخصوص.

ثالثاً: تميز النظام القانوني لمسائل الأحوال الشخصية، بأنه كان يجد في الشريعة الإسلامية مصدراً وحيداً حاكماً دون منازع أو شريك، وذلك منذ ما قبل التعديل الدستوري الذي تم في ١٩٨٠/٥/٢٢ وبمقتضاه غدت الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، وعليه فقد صارت كليات وأصل هذا النظام هي كليات وقطعيات الشريعة الإسلامية، الأمر الذي ظهر بدوره في الوضع التشريعي للأحكام القانونية الضابطة للأحوال الشخصية لغير المسلمين، التي أضحت منضبطة بأصول النظام الشرعي الإسلامي على ما سوف يتبدى لاحقاً.

رابعاً: النظام القانوني لمسائل الأحوال الشخصية، وإن بدا نظاماً هجيناً يجد من التشريع مصدره الأول ومن الشريعة الإسلامية مصدره الثاني، إلا أنه في حقيقة كنهه هو نظام شرعي إسلامي خالص. إذ التشريع لا يعدو كونه تخير ولي الأمر لأحكام من داخل الشريعة الإسلامية، لتكون واجبة التطبيق لزوماً، أي أنه ليس تشريعاً وضعياً بمفاد انفلات سلطان ولي الأمر حيال مرجعيته الشرعية الإسلامية، وإنما هو تشريع شرعي يجد في الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي والوحيد، فلا يعدو دور المشرع إزاء ذلك مجرد الترجيح بين الآراء الفقهية وتخير أحدها تغليباً له على باقيها، ما يضحى معه النظام القانوني للأحوال الشخصية نظاماً شرعياً إسلامياً. وهذا كله باستثناء نظم الطوائف والملل غير المسلمة التي تخضع لأحكامها المخصوصة، التي هي بدورها منضبطة كلياً بإطار النظام العام الوضعي، الذي يستمد من الشريعة الإسلامية روافده الأساسية.

خامساً: أما قضاء الأحوال الشخصية، فقد مر بتطور طويل، من قضاء متعدد بعضه وطني كالمحاكم الشرعية والمجالس الملية، وبعضه الآخر أجنبي كمحاكم القناصل، وبعضه الثالث مختلط: وطني من حيث الشكل أجنبي من حيث الواقع. مروراً بقضاء موحد نسبياً عند إلغاء الامتيازات الأجنبية ومعها المحاكم المختلطة ومحاكم القناصل وذلك في ١٩٤٩ بموجب معاهدة مونترو الموقعة في عام ١٩٣٧، حيث بقيت المحاكم الوطنية وإلى جانبها المحاكم الشرعية للمسلمين والمجالس الملية لغير المسلمين. وهو وضع استمر إلى أن تم توحيده كاملاً بصدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ في ٢١ من ديسمبر سنة ١٩٥٥ الذي ألغى المحاكم الشرعية والمجالس الملية، محيلاً اختصاصاتها إلى المحاكم الوطنية اعتباراً من الأول من يناير سنة ١٩٥٦، ليصير ثمة جهة قضائية

واحدة هي المختصة بمسائل الأحوال الشخصية كافة[1]. وإن كان هذا لا ينفي تعدد النظم المعمول بها لدى هذه الجهة القضائية حسب الملل والطوائف المختلفة. هذا الوضع أثر إيجاباً على قضاء الأحوال الشخصية القائم في دوائر مختصة بالقضاء المدني العادي، إذ وجد ذلك القضاء المعاصر ميراثاً قضائياً عظيماً متخلفاً عن المحاكم الشرعية، مكنه من القضاء على هدي أحكام الشريعة الإسلامية بيسر دون تعثر. سيما أن القضاء الشرعي كان قد قام من قبل بدور هام في مقام تقريب الأحكام الشرعية من نظم وقواعد القانون الوضعية، الأمر الذي يسر على القضاء الوطني الحالي، تحديد ما لا يجوز مخالفته أو الخروج عليه.

سادساً: البادي من الاستعراض المتقدم، وحركتي التطور التشريعي والقضائي في مجال النظام القانوني لمسائل الأحوال الشخصية، أننا بصدد وضع غير منتظم أو منضبط. فإنه ولئن كنا بصدد جهة قضائية واحدة تتولى شأن الأحوال الشخصية، فإننا أيضاً بصدد تعدد في النظم القانونية الحاكمة لهذا الشأن، ما بين الشريعة الإسلامية الأصل وشرائع الملل والطوائف، فضلاً عن التداخل غير المنطقي لجهات الاختصاص بمسائل الأحوال الشخصية التي تقضي على أصل من الشريعة الإسلامية، بباقي النظام القضائي الكامل الذي يقضي وفق مرجعيات وضعية متباينة كلاً والمرجعيات الشرعية لمسائل الأحوال الشخصية. وهذا يفرز وضعاً في غاية التناقض، فكيف لمحكمتين في ذات النظام القانوني الموحد وبهيئة قضائية واحدة، أن تقضي كل منهما وفق مرجعية تخالف الأخرى. إلا أنه تناقض لا يعدو كونه تناقضاً ظاهرياً، لا يخبر عنه إلا مظهره، حال ينبئ جوهره عن خلافه، إذ الواقع القضائي والقانوني إنما يفصح عن امتزاج متوائم بين هذا الكل المركب، امتزاج صرنا معه بصدد منظومة متكافئة تهيأت أوضاع آلياتها على نحو منسق. آية ذلك، أن قضاء الأحوال الشخصية، ومنذ كان يقع في اختصاص حصري للمحاكم الشرعية، اضطلع بدور مشكور في تقريب أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بالأحوال الشخصية من الأحكام القانونية الوضعية، حيث قام بتخريج قواعد الشريعة الإسلامية على أصل من مفاهيم وآليات ونظم القانون الوضعي، حتى إنه عند صيرورة أمر الأحوال الشخصية إلى القضاء المدني العادي، كان الطريق قد مُهد بالكامل أمام الأخير، من وجهة الامتزاج شبه الكامل لأحكام الأحوال الشخصية ذات المرجعية الشرعية الوحيدة في النظام القانوني الوضعي القائم، الأمر الذي يتبدد معه كل مظهر لتناقض أو افتراق في هذا الشأن. بل إن الواقع القانوني يفصح عن استيعاب كامل وسليم من قبل النظام القانوني القائم، لأحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بمسائل

---

(١) د/ حسام الدين كامل الأهواني ـ شرح مبادئ الأحوال الشخصية للمسيحيين المصريين ـ دار النهضة العربية ـ طبعة ١٩٨٢ ـ ص٩ وما بعدها.

الأحوال الشخصية. ومن جانب آخر، قام القضاء المدني العادي الموكولة إليه مهمة القضاء في مسائل الأحوال الشخصية بدور غير منكور في القيام بمحاولة استيعاب النظم القانونية الخاصة بالملل والطوائف المختلفة، داخل النظام القانوني القائم بالتقريب بينهما في ظل هيمنة المرجعية الشرعية الإسلامية بوصفها المكون الأول والوحيد لإطار النظام العام الخاص بهذا المجال. وهو الدور الذي قطع فيه القضاء شوطاً بعيداً، وإن لم يكن قد فرغ منه بعد.

سابعاً: إزاء ما تقدم جميعه، وعلى هدى مما اتضح لنا من إطار النظام العام الوضعي المتربع على القمة من المنظومة القانونية الوضعية، وكذا إطار المرجعية الشرعية العليا المتبوئة للمكانة المقدسة الأسمى بالنظم القانوني الشرعي، وإزاء ما تظهره عبارات نص الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ سالف الإشارة من أنه أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدي الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية وقت صدور هذا القانون، تصدر الأحكام ـ في نطاق النظام العام ـ طبقاً لشريعتهم، ومن استعراض العديد من قضاء الأحوال الشخصية، يتبين أن دوراً تقريبياً مهماً، اضطلع به القضاء في هذا الخصوص. إذ قام بالتوفيق بين كل من إطار النظام العام وإطار المرجعية الشرعية العليا، بما يمكن معه القول بأن قضاء الأحوال الشخصية استطاع تحييز نطاق تلك المسائل فيما هو قائم بالإطار المرجعي الشرعي الإسلامي، ليدمجه بإطار النظام العام المحيط بالنظام القانوني الوضعي. ولعله في ذلك كان مدركاً ما سبق أن انتهينا إليه قبل من التباين بين مفهوم النظام العام الوضعي ومفهوم المرجعية الشرعية العليا بالنظم الإسلامي، إلا أنه ولضرورات الواقع وما فرض من إقصاء للشريعة الإسلامية من مجال التشريع القانوني لفترة شارفت القرن، لم يكن أمامه من بُدٍّ إلا الانصياع لهذا الابتلاء ومحاولة الالتفاف عليه، بإعادة إحياء الشريعة الإسلامية مرة أخرى ولكن من داخل النظام القانوني الوضعي؛ وذلك بتخريج أحكامها المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، تخريجاً قانونياً وضعياً، مقرباً بين المنظومتين، مؤكداً على قواسمهما المشتركة. مستخدماً في كل ذلك المصطلح الوضعي، نزولاً على ضرورات الواقع دونما إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية وبضوابط التفسير القياسي الفقهي المعتمدة من قبل الفقه الإسلامي وأصوله، مع الحرص الكامل على التزام الاجتهاد في نطاق ما تسعه أحكام الشريعة، دون خروج عليها أو افتئات. حيث تبلورت محاور الاجتهاد في التقريب بين التصورات العامة والتركيز على المفاهيم المشتركة بين المجالين الشرعي والوضعي. الأمر الذي يفسر ـ وعلى ما سوف يتبدى لاحقاً ـ إطلاق مصطلح النظام العام على ما عده من قطعيات أو كليات إسلامية لا خروج عليها. وهذا العمل ليس من قبيل إنكار ما

للشريعة الإسلامية من وجود مستقل بآلياتها الذاتية، وإنما هو من قبيل استغلال المتاح من آليات وضعية، لفرض القدسية الواجبة على الكليات الإسلامية وقطعياتها.

ثامناً: أما عن الإشكال المتعلق بعمل المحكمة الدستورية العليا، فهو منفصل منهجاً عن عمل قضاء الأحوال الشخصية، لذا سوف نرجئ التعليق عليه إلى أن نشرع في دراسته استقلالاً في المبحث الثاني من هذا الفصل. لذا سوف ينقسم عملنا إلى مبحثين:

المبحث الأول: قضاء الأحوال الشخصية (القضاء الشرعي وقضاء النقض)

المبحث الثاني: قضاء المحكمة الدستورية العليا.

المبحث الأول

قضاء الأحوال الشخصية
(القضاء الشرعي وقضاء محكمة النقض)

٢٥٢ ـ تمهيد: تعمد الدراسة في هذه الجزئية، إلى البحث في قضاء الأحوال الشخصية، لدى الجهات القضائية التي أوكلت إليها مهمة هذا القضاء، وذلك على مستويات ثلاثة هي: حفظ الدين، وحقوق الله تعالى، والمسائل المتصلة بحفظ الأسرة.

٢٥٣ ـ أولاً: حفظ الدين: الإسلام هو خاتم الرسالات السماوية وخيرها جمعاء، هدى به المولى ﷻ البشرية قاطبة، فكان فرضاً حتماً حفظه وصونه، فضلاً عن العمل على نشره، وهي الرسالة الأصل التي كلف بها حملة لواء هذا الدين الهادي. لذا لم يكن ثمة من بد من التقرير له بذلك، وانتهاج سبل مقتضاه، فكان التقرير فيما نصت عليه الدساتير المصرية المتعاقبة كافة من كون الإسلام ديناً رسمياً للدولة، المادة (١٤٩) من دستور سنة ١٩٢٣، والمادة (١٣٨) من دستور١٩٣٠، والمادة (٣) من دستور١٩٥٦، والمادة (٥) من دستور١٩٦٤، والمادة (٢) من دستور ١٩٧١. فعلى الرغم من التباين الهائل بين هذه الدساتير في المفاهيم والتوجهات والأهداف، بقي لواء الدين الإسلامي مرفوعاً فوق هامة الدولة المصرية. حال استلزم انتهاج سبل مقتضياته، بالحفاظ على هذا الدين هادياً ونبراساً منيراً، والذود عنه دفعاً لكل ما يتهدده أو يتهدد أياً من أصوله القائم عليها. وهو ما تولى قضاء الأحوال الشخصية تأكيده باستمرار، اعتباراً بالامتزاج الكامل بين الدين الإسلامي والدولة المصرية، على ما كرسته الدساتير المصرية المتعاقبة، كون كل من الدين والدولة مركباً واحداً، لا انفصال لهما ولا انفصام لعراهما. فقد قرر القضاء أنه «واجب على المسلمين أن يعدوا ما يستطيعون من قوة للدفاع عن الوطن وإرهاب أعدائه بل من أول واجب عليهم، إذ سلامة الوطن قبل كل شيء وفوق كل شيء»[1]. الأمر الذي يفيد تقرير هذا القضاء لقاعدة كلية، تَمثُل قاعدة نظام عام وفق الفهم الوضعي، كما هي قاعدة كلية قطعية في الفهم الإسلامي الشرعي، ألا وهي صون الدين والزود عنه. فليس بأدل حفظاً لهذا الدين من الدفاع عن الوطن الذي يحمل لواء الإسلام، وتتخذ جماعته أحكام الإسلام ومبادئه نهجاً قويماً

---

(١) القضية رقم ١٣٢٨ لسنة ٣٤ شرعي جزئي ملوي، جلسة ١٩٣٥/٧/٢٤، مؤيد استئنافياً، مجلة المحاماة الشرعية، السنة ٧، ص٨٠٤.

لها. بيد أن الإسلام لم يكن، ولن يكون، محض شعار يتشح به الوطن وتزدان به الجماعة، وإنما هو أحكام وضوابط وأصول ومبادئ، يتعين أن تنتهجها الدولة وتتبعها الجماعة، وهو المركب الذي عرف بالشريعة الإسلامية. فكان لمن يريد الإسلام ديناً أن يمد خياره، لزوماً وحتماً، إلى شريعته القويمة نهجاً ونبراساً، على ما قرره القضاء الشرعي في أن «الشريعة الإسلامية اعتبرت في الإسلام واعتناقه، وأنه بمجرد اعتناق الشخص له يُعطى أحكامه، بقطع النظر عن الباعث له»[1].

١/٢٥٣ ـ وحفظ الدين ليس سبيله الدفاع عنه وعن الوطن من العدوان فحسب، وإنما يتهيأ ذلك السبيل من باب أولى في حفظ إسلام الأفراد وإبقائهم عليه، فلا يرموا بعدم الإسلام ولا يتهموا بالخروج عنه دونما دلالة جلية قاطعة في إفادة هذا الأمر. فكان من قضاء الأحوال الشخصية أن أكد على ذلك عاداً إياه من كليات الإسلام، إذ «الإسلام يكفي في تحققه شرعاً وترتب آثاره عليه النطق بالشهادتين، قال صلى الله عليه وسلم في جواب من سأله عن الإسلام: (الإسلام أن تشهد أن لا إلٰه إلا الله محمد رسول الله وتقيم الصلاة وتؤتي الزكاة وتصوم رمضان وتحج البيت إن استطعت إليه سبيلاً)، وقد أجمع العلماء على أن ما زاد عن الشهادتين من إقامته الصلاة وإيتاء الزكاة إلى آخر ما جاء بهذا الحديث، إنما هو لبيان الإسلام الأكمل وأنه يكفي في إجراء أحكام الإسلام الشهادتان. هذا هو الإسلام عند من شرعه ديناً للناس فلا محل فيه للبحث والنقاش، أما الإجراءات المتبعة الآن وهي إصدار إشهار بالإسلام، فلا تقوى على أن يكون الغرض منها ألا يكون الإسلام صحيحاً بدونها لأن في ذلك مصادمة للمشروع والمعقول، وإنما الغرض منها مجاملة أهل الديانات الأخرى، وضبط الأمر لمعرفة مدى التغييرات من دين إلى آخر، ومنع الاحتيال باسم الإسلام لضياع حق الغير أو الإضرار به من ناحية أخرى. فإذا لم يكن ثمة احتيال فلا ضرورة للتمسك بتلك الإجراءات»[2]. أي أنه من موجبات حفظ الدين، حفظ الإسلام على معتنقه، وذلك بعدم إنكاره عمن نطق بالشهادتين ولم تصاحبه قرائن احتيال في إسلامه. وهو ما أكدته محكمة النقض فيما بعد باعتبار «الاعتقاد الديني مسألة نفسية وهو من الأمور التي تبنى الأحكام فيها على الإقرار بظاهر اللسان والتي لا يسوغ لقاضي الدعوى التطرق إلى بحث جديتها أو بواعثها ودوافعها، فإنه لا يجوز التعرض لحقيقة إسلامه وصحة إيمانه به»[3]. ولذلك واستشعاراً

---

(١) القضية رقم ٥٢١ لسنة ٣٧ شرعي كلي مستأنف الإسكندرية، جلسة ١٩٣٨/٩/١، مجلة المحاماة الشرعية، السنة ١٠، ص١٥٨.

(٢) القضية رقم ١٦٧٢ لسنة ٣٢ شرعي جزئي ملوي، جلسة ١٩٣٣/١٠/٣١، مجلة المحاماة الشرعية، السنة ٧، ص٨٣٦.

(٣) نقض رقم ٢٠ لسنة ٢٦ القضائية، جلسة ١٩٦٩/٥/٧، السنة ٢٠ ـ وبذات المعنى نقض رقم ٤٤ =

من هذا القضاء لضرورة حفظ الإسلام على المرء، انتهى في قضاء له إلى أنه «إذا كان في المسألة وجوه توجب الكفر ووجه واحد يمنعه، فعلى المفتي أن يميل إلى الوجه الذي يمنع الكفر تحسيناً للظن بالمسلم»[1].

٢/٢٥٣ ـ بيد أن صون قضاء الأحوال الشخصية، للدين الإسلامي بشحذ القوى للدفاع عنه وحفظه على معتنقه نزولاً على أحكام الإسلام في هذا الخصوص، وعلى ما تقدم، انعكس بدوره على كل أحوال تفريط المرء في إسلامه بالارتداد عنه، حيث قضى بأنه «من قرر بعد إسلامه أنه على غير دين الإسلام كان مرتداً شرعاً لأنه خرج على الدين وأصبح خطراً على النظام العام، فتنزع منه أولاده إن كانوا معه وإذا طلب هو ضم أولاده إليه لا يجاب إلى طلبه»[2]. أي أن هذا القضاء عَد الارتداد خروجاً على النظام العام، وكيف لا، والإسلام هو دين الدولة الرسمي، الخيار العقدي الحضاري لجماعته الغالبة. فإذا كان الإسلام يُعد من كبائر المعاصي الارتداد عنه، فلا من مناص من اعتبار شأن الارتداد من قواعد النظام العام، حتى إذا ما حصل كنا بصدد خرق جسيم للنظام العام الوضعي، خرقاً يتمثل في إنجراح أهم أركان المكون الضروري للجماعة المصرية، الكائن بالمستوى الارتكازي لهيكل مفهوم النظام العام، ألا وهو حفظ الدين وعدم التفريط فيه. كما يؤدي إلى انجراح أحد أهم أركان المكون الكلي للدولة المصرية، الكائن بالمستوى الفوقي للهيكل المذكور، الذي عد الإسلام دينها الرسمي، مما لا سبيل معه سوى الانصياع لأحكامه، التي تتأبى وتركه أو الارتداد عنه. وقد فصلت هذا الأمر محكمة الاستئناف التي أكدت على أن «المرتد تطبق عليه أحكام الشريعة الإسلامية ذات الولاية العامة، على نحو ما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ولا تطبق عليه شريعة الأقباط الارثوذكس ـ المرتد إليها ـ لأنه بإسلامه التزم أحكام الإسلام ومنها أحكام الردة، فهو إذا دخل في الإسلام وتبرأ من الأديان الأخرى، ارتضى أحكام الشريعة الإسلامية، ومن أحكامها فسخ الزواج بينه وبين زوجته المستأنفة إذا هو ارتد عن الإسلام، ومن أحكامها أيضاً أنه إذا ارتد فلا يقر على ردته ولا يعترف بديانته التي ارتد إليها، وهذا حكم متعلق بالنظام العام، قصدت به الشريعة الإسلامية حماية أبنائها والحفاظ على دينهم باعتباره خير الأديان وآخرها. وليس في هذه القاعدة المتعلقة بالنظام العام تعارض مع حرية العقيدة التي نصت عليها

= لسنة ٤٠ القضائية، جلسة ١٩٧٥/١/٢٩، مجلة الاحكام الشرعية، السنة ٦.

(١) القضية رقم ٣٤٩٧ لسنة ٤٦ شرعي كلي مستأنف مصر، جلسة ١٩٤٨/٤/٧، مجلة المحاماة الشرعية، سنة ١٩، ص٣١٨.

(٢) القضية رقم ٢٣٧ لسنة ٤٥ شرعي جزئي أبو تيج، جلسة ١٩٤٦/٦/١٣، تأيد استئنافياً، مجلة المحاماة الشرعية، سنة ١٧، ص٢٩.

المادة السابعة من الدستور المؤقت التي قررت قاعدة تكاد تجمع عليها الدساتير، وهي أن المواطنين سواء أمام القانون، وأنه لا تمييز بينهم بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة، وذلك لأن حرية الاعتقاد شيء والآثار التي تترتب على هذا الاعتقاد من الناحية القانونية شيء آخر، وكل فرد حر في أن يعتنق ما شاء من الأديان في حدود النظام العام، وكذلك النتائج التي تترتب على هذا الاعتقاد فقد تكفلت القوانين بتنظيمها. فالمسلم تطبق عليه أحكام خاصة بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية، والمسيحي أو اليهودي تطبق عليه أحكام أخرى تختلف باختلاف المذاهب أو الطوائف التي ينتمي إليها في حدود القانون واعتبارات النظام العام، وتطبيق قوانين خاصة على كل طائفة من الطوائف تبعاً لما تدين به ليس فيه تمييز بين المواطنين، بل على العكس فيه إقرار بمبدأ حرية الاعتقاد وتنظيم لمسائل الأحوال الشخصية اللصيقة بالشخص في حدود دينه وعقيدته. ومن المسلم به في فقه الشريعة الإسلامية أن هناك أحكاماً قررتها الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالأحوال الشخصية ذات طابع متصل بالنظام العام، بحيث لا يمكن المساس بها مثل حكم المرتد وفسخ زواجه عاجلاً بغير توقف على قضاء القاضي وعدم إقراره على ردته وعدم الاعتراف بديانته التي ارتد إليها، وحكم زواج المسيحي أو اليهودي أو البوذي أو الوثني بمسلمة، فمثل هذا الزواج باطل لمخالفته لقاعدة من قواعد النظام العام وهي عدم جواز أن تكون المسلمة تحت غير المسلم ولو كان كتابياً»[1]. وهذا حكم قاطع في تجلية موقف قضاء الأحوال الشخصية، من الإشكال المتعلق بحفظ الإسلام وصونه، وما يرتبه هذا من أحكام مرتبطة تترتب على هذه القاعدة الكلية التي كما تُعد قطعية في الشريعة الإسلامية هي قاعدة من قواعد النظام العام في النظام القانوني الوضعي.

٣/٢٥٣ ـ وعليه وبسند من ذلك، تواتر قضاء الأحوال الشخصية قاطعاً حاسماً، في حفظ الإسلام وصونه من كل ردٍ، مستوجباً أشد العقاب من جراء اقتراف أشد جرم. فقرر القضاء بداية أن «من استخف بشرع النبي ﷺ فقد ارتد بإجماع المسلمين ولزمته أحكام المرتدين المسطرة في المتون والشروح والفتاوى المستغنية عن الشرح والتبيين من وجوه الإهانة بالحبس وكشف الشبهة والقتل إن لم يجدد له إسلامه وغير ذلك من الأحكام»[2]. وعليه انتهى القضاء إلى أن «الرجل المسلم الذي يسعى في تنصير بناته المسلمات تبعاً لدين أمهن الذمية في مرتبة فوق مرتبة المستخف بالشرع وفوق مرتبة من فضل النصرانية على اليهودية والمجوسية في النظر الفقهي لأنه اختار غير الإسلام ديناً

---

(١) القضية رقم ٥١ لسنة ٨٠ أحوال شخصية، استئناف القاهرة، جلسة ١٨/١/١٩٦٤.

(٢) القضية رقم ٢٩٥ لسنة ٤٨ العطارين، جلسة ٢٠/٤/١٩٤٨، مؤيد استئنافياً، مجلة المحاماة والشريعة، السنة ٢٥، ص٩٩.

لأولاده وفضل النصرانية على الإسلام وقلب دينه بالفعل والقول والكتابة فعمله أشد هولاً وأكبر جرماً وأكد في النصرانية، فهو مرتد يجب قتله وغير أمين على أولاده ومفسد يجب نزع أولاده منه وسلب ولاية حفظه عنه»[1]، وقضى بأنه «حيث قرر المدعي أنه مسلم ونطق بالشهادتين وتزوج وهو معروف بأنه مسلم والمقرر شرعاً أن مثل هذا يعد مسلماً ويعامل معاملة المسلمين (كما في الدر وابن عابدين بباب الردة) فإذا عاد إلى الأول كان مرتداً لأن المرتد هو المسلم الذي يغير دينه، ولا يعتبر بالمرة دين، لأن المرتد لا دين له. ومن حيث إن المرتد لا يرث أحداً كما نص على ذلك في باب الردة بالجزء الخامس من البحر والجزء الثالث من حاشية رد المحتار والجزء الثالث من شرح الزيلعي على الكنز والجزء الرابع من فتح القدير والجزء الثلاثين من المبسوط، لأن الإرث صلة شرعية وبالردة يكون جانياً على حق الشرع فيحرم من الميراث عقوبة له كالقاتل بغير حق»[2]. كما قضى بأن «الإجماع بين المسلمين انعقد على أن المرتد أو المرتدة لا يرث من غيره مطلقاً»[3]. والبين من هذا القضاء الأخير، أن المحكمة استفادت حكماً قطعياً في خصوص منع توريث المرتد إطلاقاً، وذلك استدلالاً بالإجماع، أي أنها أقامت قرينة قطعية الحكم بالاستناد إلى مصدره، وهو الإجماع.
وبذلك، ووفق نهج قضاء الأحوال الشخصية العامل على التقريب بين القطعيات الشرعية والنظام العام، تغدو قاعدة منع توريث المرتد من النظام العام، كونها من الآثار التي رتبها هذا القضاء على الارتداد، الذي يشكل، في ذاته وبذاته، خرقاً جسيماً للنظام العام، مما يتعين معه أيضاً حرمان المرتد من الزواج إطلاقاً، إذ «الردة ـ وهي الرجوع عن دين الإسلام ـ سبب من أسباب الفرقة ومن أحكامها أنه ليس لمرتد أن يتزوج أصلاً بمسلم ولا بغير مسلم، إذ هي في معنى الموت وبمنزلته، والميت لا يكون محلاً للزواج، وهي لو اعترضت الزواج رفعته وإذا قارنته تمنعه من الوجود، وفقه الحنفية على أن المرأة إذا ارتدت ثم تزوجت لا ينعقد لها زواج وإذا تزوجت ثم ارتدت انفسخ العقد ووجبت الفرقة بين الزوجين بمجرد تحقق مسببها وبنفس الردة وبغير توقف على قضاء القاضي»[4].

٤/٢٥٣ ـ من الزاوية الأخرى، وحثاً من قبل هذا القضاء على استرداد المرتد

(١) ذات القضاء سابق الإشارة إليه.

(٢) القضية رقم ١٦٩ لسنة ٣٤ كلي شرعي مصر، جلسة ١٩٣٦/١/١٤، مؤيد استئنافياً، مجلة المحاماة الشرعية، السنة ٨، ص١٢٢.

(٣) القضية رقم ١٠ لسنة ٤٩ المحكمة العليا الشرعية، جلسة ١٩٥٠/١٠/٢٣، مجلة المحاماة الشرعية، السنة ٢٢، ص١٩٨.

(٤) نقض رقم ٢٠ لسنة ٣٤ القضائية، جلسة ١٩٦٦/٣/٣٠، السنة ١٧.

لإسلامه ثانية بالعودة إليه بعد الاستتابة، قضى للعائد إلى الإسلام، برد حقوقه إليه، بعد أن كان قد جرد منها بموجب ردته، ذاك أنه إذا كان «المرتد ـ وهو الراجع عن دين الإسلام ـ لا ملة له وهو لا يقر على ردته ولا على ما اختاره ديناً له، بل يستتاب ويؤمر بالرجوع إلى الإسلام، فإن هو عاد إلى إسلامه، عاد ماله إلى ملكه بعد أن كان قد زال عنه بردته زوالاً مؤقتاً. وإذا كان الثابت من الدعوى أن الطاعن أقر في طلب استخراج جواز سفره بأنه مسلم وإقراره هذا مفاده أنه تاب وعاد إلى إسلامه، وهي أمور تتصل بالعقيدة الدينية التي تبني الأحكام فيها على الإقرار بظاهر اللسان، ولا يجوز لقاضي الدعوى أن يبحث في بواعثها ودواعيها، وكان الحكم المطعون فيه لم يعول على هذا الإقرار وجرى قضائه وراء البحث في علته والأسباب التي دعت إليه، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه»[1].

٢٥٤ ـ البين من ذلك جميعه، وبالاستخلاص المنطقي لاتجاه قضاء الأحوال الشخصية في مجال العلاقة مع الدين الإسلامي، أنه استقرأ من جملة أحكام الدين الإسلامي ـ نصوصاً وإجماعاً واجتهاداً ـ ما يؤكد على أن حفظ الدين بالنسبة للمسلمين، يستوي على القمة من مدارج الشرعية الإسلامية، مما يستلزم وجوباً نصبه مقصداً أسمى، ليتبوأ صدارة الاهتمام الجمعي. من هذا الاستقراء المصحوب باستنباط تحليلي وضعي لنصوص الدساتير المصرية، بما قررته من تعيين للإسلام ديناً رسمياً للدولة، ومدفوعاً بظروف حال تستدعي مزج المفاهيم الشرعية الإسلامية في المفاهيم القانونية الوضعية، بتخريج الأولى على الثانية، تمكن قضاء الأحوال الشخصية من تحريك مقصد حفظ الدين، بتنويعاته المختلفة، من الإطار المرجعي الشرعي إلى الإطار القانوني الوضعي، ليضحى حفظ الدين كلاً من الكليات الأصيلة في الإطار الأخير، فيبيت حفظ الدين قاعدة متعلقة بالنظام العام، لا تسكن المستوى الارتكازي من هيكل مفهوم النظام العام فحسب، وإنما تتهيأ فضلاً عن ذلك، قاعدة من القواعد شاغلة المستوى الفوقي، كون حفظ الدين لم يعد منحصراً ضمن الأولويات الجمعية، بل امتد ليصبح بصدارة أولويات التنظيم السياسي المؤسسي القائم على الجماعة.

١/٢٥٥ ـ وبذلك استطاع قضاء الأحوال الشخصية، الكشف عن عدد من قواعد النظام العام الفرعية، المرتبطة بهذا الأمر، حيث تشغل المستوى الفرعي من هيكل مفهوم النظام العام. فغدا مستقراً قطعاً في الفقه القانوني الوضعي، بعد أن كانت هذه القطعية قاصرة على النظام الشرعي الإسلامي، ـ أقول ـ غدا مستقراً قطعاً النهي عن كل صور الارتداد عن الإسلام، وأن حكم المرتد هو ـ وعلى أقل التقدير ـ الموت المدني،

---

(١) نقض رقم ٣٧ لسنة ٣٢ القضائية، جلسة ٢١/٤/١٩٦٥، السنة ١٦.

فلا يبقى له من مال على ملكه، ولا يقر على زواج، فإن كان قائماً وقت ردته رفع عنه، وإذا ما أتمه بعدها أبطل، وتزول عنه ولايته على صغاره فينزعوا منه، وأخيراً ليس له من حق في الميراث[1]. ولا ريب أن هذه الأحكام جميعها، لم تكن لتتقرر في المنظومة القانونية الوضعية، لولا تدخل قضاء الأحوال الشخصية الأمين على الشريعة الإسلامية، أمانته على النظام القانوني الوضعي.

٢٥٦ ـ ثانياً: حفظ حقوق الله: ذهب قضاء الأحوال الشخصية، في تأكيد مشدد على قاعدة من القواعد الأصل التي قرر ابتناء قضائه عليها، إلى أن «حق الله هو المعبر عنه حديثاً بالنظام العام»[2]، أي أن كل ما عده الفقه الإسلامي حقاً خالصاً لله أو حق الله به غالب، هو بحكم اللزوم والضرورة، من النظام العام الوضعي. فإذا كانت الحسبة «هي فعل ما يحتسب عند الله. وفي اصطلاح الفقهاء هي أمر بمعروف إذا ظهر تركه ونهي عن منكر إذا ظهر فعله. وهي من فروض الكفاية وتصدر عن ولاية شرعية أصيلة ـ أو مستمدة ـ أضافها المشرع على كل من أوجبها عليه وطلب منه القيام بها، وذلك بالتقدم إلى القاضي بالدعوى والشهادة لديه، أو باستعداء إلى المحتسب أو إلى المظالم (تبلغ النيابة العامة). ودعوى الحسبة تكون فيما هو حق الله أو فيما كان حق الله فيه غالباً، كالدعوى بإثبات الطلاق البائن وبالتفريق بين زوجين زواجهما فاسد»[3]، إذ «الحسبة اسم من الاحتساب وهو الأجر والثواب عند الله، وهي إنما تكون في حقوق الله تعالى، وهي الحقوق التي تعود منفعتها على العامة كلهم، لا على أشخاص بعينهم»[4]. ومن ثم ـ والحال هذه ـ تضحى الحسبة من النظام العام الوضعي، حيث تتهيأ بالأساس في المستوى الارتكازي لهيكل مفهوم النظام العام. ذلك المستوى الذي يضم القواعد التي تشكل الوجود الضروري لمكون الجماعة كون الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إنما هما لصلاح شأن الجماعة بالأساس. فإذا كان ذلك، وكان «جمهور الفقهاء على عدم تقيد دعوى الحسبة بشرط الإذن أو التفويض من ولي الأمر»[5]، غدا القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعوى الحسبة في مسائل الأحوال الشخصية،

---

(١) في ترتيب هذه الآثار المدنية على الردة بمجرد وقوعها ـ دون الآثار الجنائية التي تقتضي إجراءات جنائية ذات ترتيب خاص ـ راجع: الدكتور محمد سليم العوَّا، الحق في التعبير، مرجع سابق، ص٤٩ ـ ٥٥.

(٢) القضية رقم ٢٧٢٥ لسنة ٤٦ شرعي جزئي الجمالية، جلسة ٢٨/٢/١٩٤٨، مؤيداً استئنافياً، مجلة المحاماة الشرعية، السنة ٢٠، ص٢٢٢.

(٣) نقض رقم ٢٠ لسنة ٣٤ القضائية، جلسة ٣٠/٣/١٩٦١، السنة ١٧.

(٤) القضية رقم ٣٩٨ لسنة ٤١ شرعي كلي مستأنف مصر، جلسة ٢٦/٧/١٩٤٢، مجلة المحاماة الشرعية، السنة ١٦، ص٢٢٩.

(٥) نقض رقم ٢٠ لسنة ٣٤ القضائية، جلسة ٣٠/٣/١٩٦٦، السنة ١٧.

الذي قرر بمادته الاولى، اختصاص النيابة العامة وحدها دون غيرها بإقامة دعاوى الحسبة، وعلى من يبتغي رفعها التقدم للنيابة بطلب ذلك، حيث تتولى عنه شأن تحريكها، وفق ما ترتأيه، معملة سلطانها التقديري في هذا الخصوص، - أقول - يغدو هذا القانون موصوماً بعيب عدم الدستورية، لتعارضه مع بعض أحكام الشريعة الإسلامية، قسيمة القطعية، التي تتأصل في هذا الخصوص على تعين مفهوم الحسبة من أدوات الدفاع عن حقوق الله، التي تنزل بالنسبة لهذه الشريعة الغراء، منزلة المرجعية العليا التي لا انفكاك منها أو انفلات عنها، مرجعية تمتد بدورها إلى نطاق القانون الوضعي، بحكم يوجبه نص المادة الثانية من الدستور، من تحكيم للشريعة الإسلامية ومرجعيتها الشرعية، على العمل التشريعي الوضعي بوصفها - أي الشريعة الإسلامية - المصدر الرئيسي لهذا التشريع(١).

٢٥٧ - **ثالثاً: حفظ الأسرة**: كان للأسرة دوماً وأبداً، وضع متميز في المنظومة الإسلامية، لذلك خصتها الشريعة الإسلامية ببالغ اهتمامها، حتى صار فقه الأسرة من أوسع أبواب الفقه الإسلامي. هذه الأهمية المتعاظمة يتجلى مظهرها في قواعد كلية عديدة انتظمت شؤون الزواج والطلاق والإرث وما يترتب على هذه الأمور من آثار، عالجتها الشريعة الغراء بأحكام قطعية، مثلت مرجعية شرعية عليا للنظم الإسلامي المتعلق بمسائل الأسرة. فكان لقضاء الأحوال الشخصية إسهامه غير المنكور، في الكشف عن تلك القطعيات التي انتظمت هذا الشأن، ممايزاً بينها وغيرها من الظنيات غير القطعية، وأحكامه في هذا الشأن، عديدة تستعصي على الحصر، وقد سبق أن أشرنا آنفاً عند بحث شأن النظام العام في الشريعة الإسلامية، إلى عديد مما عُد قطعياً من أحكام شرعية في مجال الأسرة، لذا سوف نقصر بحثنا هنا على نماذج من القضاء.

١/٢٥٧ - فمثلاً لمحكمة النقض قضاء قاطع في وجوب محلية المرأة لصحة الزواج، إذ «أن من شروط صحة الزواج محلية المرأة وألا يقوم بها سبب من أسباب التحريم، ومنها الجمع بين المرأة وخالتها، فهما من المحرمات من النساء حرمة مؤقتة، والعلة من التحريم هي أنه لو فرضت كل منهما ذكراً حرمت على الأخرى، وبذلك فلا يصح الجمع بينها لما هو ثابت من تحريم الجمع بين سائر المحارم بالكتاب والسنة والإجماع، ومن ثم فهذا التحريم بهذه المثابة يعد من موانع الشريعة المستوجبة للتفريق

---

(١) وتجدر ملاحظة ما تواتر عليه قضاء الدستورية من أن ما يصدر من قوانين ويسن من تشريعات، بعد التعديل الدستوري الذي تم في ٢٢/٥/١٩٨٠، يتعين لزوماً حتماً، تقيده بأحكام الشريعة الإسلامية، الأمر الذي يعد معه القانون المذكور خاضعاً للمجال الزمني لنص المادة الثانية من الدستور، الذي حددته المحكمة الدستورية لتحكيم مبادئ الشريعة الإسلامية على القوانين الصادرة بعد هذا التعديل، رغم اعتراضنا على هذا التقييد الزمني للنص الدستوري على نحو ما تقدم.

بين الرجل والمرأة المحرمة، ولا فرق في ذلك بين ما إذا كانت محلية المرأة في عقد الزواج عامة أو أصلية كما في الحرمة المؤبدة مما يعد شرطاً لانعقاد الزواج، أو محلية خاصة أو فرعية كما في الحرمة المؤقتة مما تعد شرطاً لصحته»[1]. إذ لهذا القضاء دلالة منهجية هامة، في إطار الكشف عن القطعي من أحكام، فقد تبعت المحكمة نهجاً منضبطاً في هذا الخصوص، قامت بمقتضاه بتبيين أحكام المحرمات من النساء ومصادرها، حتى إذا ما تبين لها ثبوت هذه الأحكام في الكتاب والسنة والإجماع، دون خلاف حول دلالتها الكلية أو الجزئية، انحسم أمر هذه الأحكام بحسبها قطعية يقيناً مما لا سبيل للانفلات منها أو الانفكاك عنها. وبذلك صرنا بصدد قواعد نظام عام، تقرر المحارم من النساء، وهي قواعد وضعية ذات مرجعية شرعية إسلامية، مخالفتها تفضي إلى انفساخ عقد الزواج ووجوب التفريق بين الزوجين للحرمة، أي بطلان التصرف. وذلك كله رغم عدم استعمال المحكمة في هذا القضاء اصطلاح النظام العام إذ الأمر يكاد يكون مستقراً، حتى في المنطق المنهجي لقضاء الأحوال الشخصية، على أن إفادة القطعي إنما هو إفادة للنظام العام، حتماً ولزوماً.

٢/٢٥٧ ـ ومن أحكام الأسرة فيما يتعلق بآثار الزواج، تبعية الولد لخير الأبوين ديناً، إذ «الصغير يتبع خير الأبوين ديناً، فيكون مسلماً لأمه المسلمة، ولا يلزم لثبوت إسلامه بعد بلوغه، صدور إشهار بذلك، بل يكفي أن يعتنق الإسلام، ولا يرجع فيه، ولا يؤخذ بقوله في ذلك»[2]. هذا القضاء يتكامل مع حفظ الدين على نحو ما رأيناه آنفاً، تأسيساً على عقيدة أصل في المعتنق الإسلامي، وهو أن الإسلام هو خير الأديان وأنه جب ما قبله، مما لا مناص معه من ترتيب آثار هذا الاعتقاد كافة، ومنها منع زواج المرأة المسلمة من غير المسلم، حتى لا تكون ثمة ولاية لغير المسلم على المسلم. فإن حصل الأمر بالمخالفة للشرع، وصرنا بصدد واقع لا يمكن تجاوزه بما أفرزه من ثمار تتمثل في ولادة أبناء، ظلت قاعدة خيرية الإسلام قائمة منتجة لآثارها، فيتم إلحاق هذا الولد بدين أمه وهو الإسلام، هذه قاعدة تعتبر بتلك الكيفية قاعدة نظام عام.

٣/٢٥٧ ـ وكذلك من هذه الآثار التي تُعد قطعية شرعاً، متعلقة بالنظام العام وضعاً، شأن العدة، إذ أنها «حق الشرع والولد، أما كونها حق الشرع فلأن الزوجين لا يملكان إسقاطها، وأما كونها حق الولد فللحديث (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا

---

(١) نقض رقم ١٠٢٨ لسنة ٣٨ ق. ـ جلسة ١٩٦٨/٦/١٧.

(٢) القضية رقم ٨٧٠ لسنة ٤٩ شرعي جزئي دمنهور، جلسة ١٣/٩/ ١٩٥٠، مؤيد استئنافياً، مجلة المحاماة الشرعية، السنة ٢٢، ص٤٩٣؛ وبذات المعنى القضية رقم ٢٩٠ لسنة ٤٨ شرعي جزئي العطارين، جلسة ٢٠/ ٤/ ١٩٨٤، مجلة المحاماة الشرعية، السنة٢٠، ص٣٤١.

يسقي ماءه زرع غيره)»[1]. فالمعلوم «أن المقرر فقهاً أن العدة مما لا تسقط بالإسقاط لأنها تجب حقاً لله تعالى وحقاً للزوج ـ جاء في كتاب كفاية المتخصصين لصاحب الفضيلة الأستاذ محمد فرج السنهوري (فليس للزوج إبطال العدة عن زوجته وإن أسقطها وأباح لها التزوج بغيره حال قيامها لا تسقط، ولا يحل لها التزوج لأن في إسقاط حقه إسقاط لحق الله وهو لا يملكه»[2]. وعليه فإذا كانت حقوق الله الخالصة وكذا الحقوق التي يكون فيها حق الله غالباً، هي من النظام العام، حسبما تواتر عليه قضاء الأحوال الشخصية، فمن ثم تضحى الأحكام المتعلقة بلزوم العدة من النظام العام الوضعي، وذلك بقطع النظر عن الخلاف الحاصل فقهاً في تفسير لفظ «القرء» بالنسبة لعدة المطلقة. إذ ما يعنينا في هذا الخصوص وجوب اعتداد المطلقة ثلاثة قروء، أياً ما يكون التفسير الذي يحمل عليه «القرء» أهو الحيض أم الطهر، بيد أنه تجدر الإشارة في هذا الخصوص، إلى عدم جواز الخروج عن هذين التفسيرين إجمالاً، عند تعيين مفاد لفظ «القرء»، لانعقاد الإجماع الفقهي على انحصار تفسير اللفظ، في هذين المعنيين تحديداً دون سواهما.

٤/٢٥٧ ـ ومن أجل ما تبدى به دور قضاء الأحوال الشخصية، كشفاً عن القطعيات في مجال نظام الأسرة، قضاؤه في مسائل الإرث، إذ تواتر قضاء محكمة النقض على «أن كون الإنسان وارثاً أو غير وراث وكونه يستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره، إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق في التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعاً، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام. والتحايل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلاناً مطلقاً، لا تلحقه الإجازة، ويحكم القاضي به من تلقاء نفسه في أية حالة كانت عليها الدعوى»[3]. وغير ذلك كثير على ذاك النهج، يقطع جميعه بما لأحكام الميراث المقررة شرعاً من قطعية شرعية، يحيلها إلى قطعية وضعية، لتتهيأ من قواعد النظام العام، مما ليس بالمكنة التحلل منها أو الانفكاك عنها أو التحيل عليها. ومثال هذه الصور «كاعتبار شخص وارثاً وهو في الحقيقة غير وارث أو اعتباره غير وارث وهو في الواقع وارث، وكذلك ما يتفرع عن الأصل من التعامل في التركات المستقبلة كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعاً أو الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية. ويترتب على هذا بداهة أن الهبة الصادرة من المورث في

---

(١) القضية رقم ١٩٨٤ لسنة ٩٥٢ شرعي جزئي السيدة، جلسة ١٩٣٥/٦/٢٤، مجلة المحاماة الشرعية، السنة ٢٤، ص٩٣.

(٢) القضية رقم ٦٠ لسنة ٥٣ شرعي كلي مستأنف المنيا، جلسة ١٩٣٥/٦/٢٤، مجلة المحاماة الشرعية، السنة ٢٤، ص٩٣.

(٣) نقض ٢ لسنة ٤ القضائية، جلسة ١٩٣٤/٦/١٤.

حال صحته لأحد الورثة تكون صحيحة لخروجها من نطاق التعريف بالتحايل على قواعد الإرث»[1]. ولذلك كان «كل تحايل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلاناً مطلقاً، ومن ثم فلا يسري على هذا البطلان التقادم المنصوص عليه في المادة (١٤٠) من القانون المدني. ولا يقدح من ذلك القول بأن اعتبار البطلان مطلقاً يتنافى مع أحكام إجازة التصرف عن الورثة، ذلك أنه ليس للورثة أن يجيزوا التصرف باعتباره بيعاً، وإنما لهم أن يجيزوه على الاعتبار الصحيح بوصفه وصية وفي هذه الحالة تجري عليه أحكام الوصية التي يجيزها الورثة»[2]. الأمر الذي انحسم معه شأن أحكام المواريث، التي عمل قضاء الأحوال الشخصية على دمجها بالنظام العام الوضعي، وذلك بحكم قطعيتها الشرعية.

---

(١) نقض ٩١ لسنة ١٧ القضائية، جلسة ١٩٤٨/١٢/٢٣؛ وبذات المعنى: نقض ٣٥٥ لسنة ٢٩ القضائية، جلسة ١٩٦٤/٤/٩؛ ونقض ٢٣٩ لسنة ٣٨ القضائية، جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨.

(٢) نقض ٣٩ لسنة ٢٩ القضائية، جلسة ١٩٦٤/١/٩.

المبحث الثاني

قضاء المحكمة الدستورية العليا
في شأن مسائل الأحوال الشخصية

٢٥٨ ـ تمهيد وتقسيم: قد يبدو إفراد مبحث خاص لقضاء المحكمة الدستورية العليا، في شأن ما خوصم دستورياً من نصوص تشريعية ولائحية تتعلق بمسائل الأحوال الشخصية مثيراً للتساؤل، لما هو ثابت للمحكمة الدستورية العليا، من اتجاهات مستقرة متواترة، لا تميز في خاصتها لفرع قانوني على آخر، ولا استقلال لقوانين معينة باتجاهات قضائية دستورية مخصوصة خلاف ما هو مقرر من قبل هذه المحكمة.

لكن الجواب عن هذا التساؤل يسير، وهو يكمن في أن الخصوصية المعيارية لكل فرع من فروع القانون والوحدة الموضوعية التي تضم إلى جنباتها عدداً من القوانين المرتبطة على القضاء الدستوري تصورات قضائية مخصوصة لكل مجال قانوني تمخضت عنها اتجاهات قضائية دستورية مخصوصة، غدت تمثل مبادئ نوعية للقضاء الدستوري. وبمطالعة قضاء المحكمة الدستورية في شأن مواد الأحوال الشخصية، وما ارتبط بها من مواد تشريعية ولائحية، تعلقت منهجياً بمسائل الأحوال الشخصية، وإن لم تعد منها مباشرة، استبان لنا اتجاه مخصوص لهذه المحكمة في هذا الشأن، وهو ما دفعنا إلى تخصيص هذا القضاء بالبحث هنا في محاولة لسبر غوره الموضوعي بعد العرض لنهجه العلمي وهو بصدد بلوغ منتهاه القضائي بشأن مدى دستورية ما هو مطعون فيه من نصوص. لذلك سوف يتشكل البحث في هذه الجزئية، على أصل من دراسة منهج المحكمة الدستورية حيال فحص مواد الأحوال الشخصية من الوجهة الدستورية، وتحديداً في ضوء المادة الثانية من الدستور، التي ترسي الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع، أي في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية. ثم نعمد إلى مناقشة موضوعية لما انتهت إليه هذه المحكمة في عدد من أحكامها في هذا الشأن. وعليه ينقسم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: المنهج الشرعي للمحكمة الدستورية العليا حيال مواد الأحوال الشخصية.

المطلب الثاني: قضاء المحكمة الدستورية العليا في بعض مواد الأحوال الشخصية.

المطلب الأول

المنهج الشرعي للمحكمة الدستورية العليا حيال مواد الأحوال الشخصية

٢٥٩ ـ التزام المحكمة بأصول الشريعة وفروعها: المستظهر من مراجعة جُل أحكام المحكمة الدستورية العليا، في شأن ما عُرض أمامها من مواد تتصل بمسائل الأحوال الشخصية، أنه قد استقام لها نهج ثابت، اختصت به هذا الصنف من المادة التشريعية أسسته كلياً على سند من أحكام الشريعة الإسلامية، سواء من أصول فقهها المستدل به على الأحكام الشرعية أم من فروعها الفقهية المختلفة التي تضم الأحكام الشرعية التفصيلية. هذا النهج من هذه الوجهة يكاد يتأصل على سند من أنه «لا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً. ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل، ولا يجوز الخروج عليها، أو الالتواء بها عن معناها. وتنصب ولاية المحكمة الدستورية العليا في شأنها، على مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها، ذلك أن المادة الثانية من الدستور، تقدم على هذه القواعد أحكام الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها الكلية؛ إذ هي إطارها العام وركائزها الأصيلة التي تفرض متطلباتها دوماً بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها؛ وإلا اعتبر ذلك تشهياً وإنكاراً لما علم من الدين بالضرورة. ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو بهما معاً، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد لسواها، وهي بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان، لضمان مرونتها وحيويتها ولمواجهة النوازل على اختلافها، تنظيماً لشؤون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعاً ولا يعطل بالتالي حركتهم في الحياة، على أن يكون الاجتهاد دوماً واقعاً في إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها، ملتزماً ضوابطها الثابتة، متحرياً مناهج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها، كافلاً صون المقاصد العامة للشريعة، بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال»[1]. وعليه وفيما استقام بسنده نهج

---

(١) القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية دستورية، جلسة ١٩٩٦/١/٦، الجريدة الرسمية العدد ٣ في =

المحكمة، «ساغ الاجتهاد في المسائل الاختلافية التي لا يجوز أن تكون أحكامها جامدة بما يناقض كمال الشريعة ومرونتها، وليس الاجتهاد إلا جهداً عقلياً يتوخى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، وهو بذلك لا يجوز أن يكون تقليداً محضاً للأولين أو افتراء على الله كذباً بالتحليل أو التحريم في غير موضعيها أو عزوفاً عن النزول على أحوال الناس والصالح من أعرافهم. وإعمال العقل فيما لا نص فيه توصلاً لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بين عباده، مرده أن هذه القواعد تسعها الشريعة الإسلامية، إذ هي غير منغلقة على نفسها ولا تضفي قدسية على أقوال أحد من الفقهاء في شأن من شؤونها ولا تحول دون مراجعتها وتقييمها وإبدالها بغيرها، فالآراء الاجتهادية ليس لها - في ذاتها - قوة ملزمة متعدية لغير القائلين بها، ولا يجوز بالتالي اعتبارها شرعاً ثابتاً متقرراً لا يجوز أن ينقض، وإلا كان ذلك نهياً عن التأمل والتبصر في دين الله تعالى، وإنكاراً لحقيقة أن الخطأ محتمل في كل اجتهاد، بل أن من أصحابه من تردد في الفتيا تهيباً. ومن ثم صح القول بأن اجتهاد أحد الفقهاء ليس أحق بالاتباع من اجتهاد غيره، وربما كان أضعف الآراء سنداً، أكثرها ملاءمة للأوضاع المتغيرة ولو كان مخالفاً لأقوال استقر عليها العمل زمناً. ولئن جاز القول بأن الاجتهاد في الأحكام الظنية وربطها بمصالح الناس - عن طريق الأدلة الشرعية النقلية منها والعقلية - حق لأهل الاجتهاد، فأولى أن يكون هذا الحق ثابتاً لولي الأمر، يستعين عليه - في كل مسألة بخصوصها وبما يناسبها - بأهل النظر في الشؤون العامة، إخماداً للثائرة وبما يرفع التنازع والتناحر ويبطل الخصومة، على أن يكون مفهوماً أن اجتهادات السابقين لا يجوز أن تكون مصدراً نهائياً أو مرجعاً وحيداً لاستمداد الأحكام العملية منها، بل يجوز لولي الأمر أن يشرع على خلافها وأن ينظم شؤون العباد في بيئة بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله، مستلهماً في ذلك حقيقة أن المصالح المعتبرة هي تلك التي تكون مناسبة لمقاصد الشريعة متلاقية معها، وهي بعد مصالح لا تتناهى جزئياتها أو تنحصر تطبيقاتها، ولكنها تتجدد تبعاً لما يطرأ عليها من تغيير وتطور. ومن ثم كان حقاً عند الخيار بين أمرين، مراعاة أيسرهما ما لم يكن إثماً، وكان واجباً كذلك ألا يشرع ولي الأمر حكماً يضيق على الناس أو يرهقهم من أمرهم عسراً، وإلا كان مصادفاً لقوله تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ﴾ [المائدة: ٦]. ولازم ذلك أن الاجتهاد حق لولي الأمر في الدائرة التي شرع فيها، ليكون كافلاً وحدة الشريعة ميسراً لقواعدها بإمدادها دوماً بما يعين على اكتمال نمائها»[(١)].

= ١٨/١/١٩٩٦؛ وبذات المعنى القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية دستورية، جلسة ١٥/٥/١٩٩٣، الجريدة الرسمية، العدد ٢٢ في ٥/٦/١٩٩٣.

(١) القضية رقم ٢٩ لسنة ١١ قضائية دستورية، جلسة ٢٦/٣/١٩٩٤، الجريدة الرسمية، العدد ١٥ =

وتصف المحكمة الشريعة الإسلامية بأن مرونتها تتسع لما يجعل أحكامها الفرعية مستجيبة دوماً للتطور، «توخياً لربطها بمصالح الناس واحتياجاتهم المتجددة وأعرافهم المتغيرة التي لا تصادم حكماً قطعياً، وهي مرونة ينافيها أن يتقيد المشرع بآراء بذاتها لا يريم عنها، أو أن يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية معينة تكون المصالح المعتبرة شرعاً قد جاوزتها، وتلك هي الشريعة في أصولها ومنابتها، شريعة مرنة غير جامدة يتقيد الاجتهاد فيها ـ بما يقوم عليه من استفراغ الجهد للوصول إلى حكم فيما لا نص عليه ـ بضوابطها الكلية وبما لا يعطل مقاصدها. ولئن صح القول بأن أهمية الاجتهاد ولزومه لا يوازيها إلا خطره ودقته، فإن من الصحيح كذلك أن لولي الأمر الاجتهاد في الأحكام الظنية بمراعاة المصلحة الحقيقية التي يقوم برهانها من الأدلة الشرعية»[1].

٢٥٩/١ ـ وتفريقها بين القطعي والظني: هذا المنهج الذي خطته المحكمة الدستورية العليا لاجتهادها في كل شؤون مواد الأحوال الشخصية التي راقبت دستوريتها، على ما تقدم، يمكن إيجاز عناصره في تمييز المحكمة ما بين القطعي من الأحكام ثبوتاً ودلالة، والظني منها سواء في الثبوت أم الدلالة أم كلاهما. وأنها قررت قدسية النوع الأول من الأحكام إذ يستعصي على الخرق أو التجاوز، قدرت جواز الاجتهاد الدائم فيما يتصف بالظنية من أحكام، بل إنها استوجبت في خصوصه ضرورة الاضطلاع بهذا الدور الاجتهادي توصلاً لأنسب الأحكام اتفاقاً وصالح الناس. وترى المحكمة عدم جواز الاقتصار على ما سلف من اجتهاد وآراء، إذ يتعين عدم الانحصار داخلها طالما أنها كانت في خصوص مسائل ظنية، فهذا من قبيل التقليد الذي يبتعد عن مصالح الناس وأحوالهم، بل المتعين إعمال الاجتهاد فيما لا نص فيه، توصلاً لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته. كما أنه ليس ثمة اجتهاد يكون أحق بالاتباع من آخر، فلربما أضعف الآراء سنداً يكون أنسبها وأكثرها ملاءمة للأوضاع المتغيرة. وتربط المحكمة، ربطاً كاملاً، بين صلاحية الحكم وبين قدرته على تحقيق صالح الناس، فليس بصالح الحكم الذي يشق على الناس أو يرهقهم من أمرهم عسراً. لذلك تمنح المحكمة ولي الأمر سلطان هذا الاجتهاد في ضوء ما قررته من ضوابط، وبما يصون المقاصد العامة للشريعة من حفظ للدين والنفس والعقل والعرض والمال.

٢٥٩/٢ ـ تقويم منهج المحكمة: هذا النهج الذي قررته المحكمة الدستورية العليا، إطاراً للتشريع في مسائل الأحوال الشخصية، في حدود ما يقتضيه نص المادة الثانية من الدستور من كون الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، مقررة إلزام نفسها به، هو وإن صح في جملته مستقيماً مع هدي الاستدلال القويم في الشريعة الإسلامية، إلا

= في ١٤/٤/١٩٩٤.

(١) القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية دستورية، سالف الإشارة.

أنه ورد نهجاً عاماً مطلقاً. فجاءت عبارات المحكمة في شرحه خلواً من الانضباط اللفظي أو التحدد العملي، فكان ما كان من مآخذ على هذا النهج، يمكن إجمالها في الآتي:

٢٦٠ ـ **أولاً: إهمال المحكمة لدلالة «قسيم القطعي»**: أن المحكمة وإن أصابت وجه الحق، بتمييزها ما بين القطعي والظني من الأحكام، مقررة قدسية الصنف الأول منها، مقدرة تحمل الصنف الثاني للاجتهاد. كون الأول إنما يمثل مبادئ الشريعة الإسلامية الكلية وأصولها الثابتة، حال يوفر الآخر باحتماله للاجتهاد، مرونة هذه الشريعة وحيويتها، مانحاً إياها القدرة على التلاؤم مع ظروف الأزمنة والأمكنة، بما يمكنها من تنظيم شؤون العباد على نحو ما يكفل لهم مصالحهم المعتبرة شرعاً. ـ أقول ـ إن كان ذلك كذلك موافقاً في جملته لمقتضى الشرع، إلا أنه يجانب الصواب، لما تفيده عبارات قضاء هذه المحكمة من عدم التفات لنوع من الأحكام الشرعية، هي في حقيقتها قطعية اجتهاداً لا نصاً، على ما أطلقنا عليه في الباب المنقضي «قسيم القطعي». أصل ذلك أن المحكمة لا تعتد بقطعية أمر، إلا إذا ثبتت تلك القطعية وروداً ودلالةً، حال كون القدسي العصي على التبدل أو التعديل الممتنع على الاجتهاد، ليس منحصراً فيما ورد من أحكام بكتاب الله تعالى مقطوعاً بدلالته أو سنة نبيه المصطفى ﷺ المقطوع بثبوتها إليه فضلاً عن دلالتها فحسب، بل ثمة من الأحكام ما انعقد إجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم وأصبح بتحقق هذا الإجماع قطعياً، كما أن من الأحكام ما تقرر اجتهاداً وانعقد عليها اتفاق فقهي فصارت بذلك قطعية، كتلك الأحكام التي يمكن تسميتها «قسيم القطعي»[(١)]، فمن غير الممكن أو المتصور تجاهلها وعدم احتسابها في تقدير ما لا يمكن الخروج عليه.

٢٦١ ـ **ثانياً: تأثير ذلك على القضاء الموضوعي للمحكمة**: كان لهذا المنحى من قبل المحكمة أثره في غير قضاء لها، وليس بأدل على ذلك، مما قررته في شأن قرار وزير التعليم رقم ١١٣ لسنة ١٩٩٤ في شأن الزي المدرسي[(٢)]، حيث انتهت إلى أن «القرار المشار إليه لا يناقض فيما قرره من وصف الزي المدرسي للطالبات نص المادة الثانية من الدستور، فحق الاجتهاد في المسائل الخلافية تقرر لولي الأمر بما ييسر للناس شؤونهم وبما لا يعطل المقاصد الكلية للشريعة. ولا يناقض هذه المقاصد تنظيم ولي الأمر في دائرة بذاتها لباس الفتاة على النحو الذي صدر به القرار المذكور». وسند المحكمة في ذلك أن «لولي الأمر السلطة الكاملة التي يشرع بها الأحكام العملية في

---

(١) انظر الفصل الثاني من الباب الثاني، شرحاً لفكرة «قسيم القطعي».

(٢) القضية رقم ٨ لسنة ١٧ القضائية الدستورية، جلسة ١٨/٥/١٩٩٦، الجريدة الرسمية العدد ٢١ في ٣٠/٥/١٩٩٦.

نطاقها، تحديداً لهيئة رداء المرأة أو ثيابها، على ضوء ما يكون سائداً في مجتمعها بين الناس، بما لا يصادم نصاً قطعياً. وإن كان ضابطها في أن تحقق الستر بمفهومه الشرعي». وفي لباس المرأة تذكر المحكمة أن «الشريعة الإسلامية في جوهر أحكامها وبمراعاة مقاصدها، تتوخى من ضبط ثياب المرأة، إعلاء قدرها، وبما لا يوقعها في الحرج، إذا اعتبر بدنها كله عورة، مع حاجتها إلى الخروج لمباشرة ما يلزمها من الأعمال التي تختلط فيها بالآخرين، وليس جائزاً أن يكون لباسها مجاوزاً حد الاعتدال ولا احتجاباً بكل بدنها ليضيق عليها اعتسافاً ولا إسدالاً لخمارها من وراء ظهرها، بل اتصالاً لصدرها بنحرها، فلا ينكشفان مصداقاً للنصوص القرآنية، فلا يبدو من ظاهر زينتها إلا ما لا يعد عورة وهما وجهها وكفاها بل وقدماها عند البعض»، وتذكر أيضاً أن «الرسول عليه الصلاة والسلام يصرح بأن بلوغ المرأة المحيض يقتضيها أن يكون ثوبها ساتراً لبدنها عدا وجهها وكفيها».

١/٢٦١ ـ ولنتأمل هذا القضاء في عباراته التالية، «حق الاجتهاد في المسائل الخلافية تقرر لولي الأمر بما ييسر على الناس شؤونهم»، «لا يناقض هذه المقاصد ـ المقاصد الشرعية ـ تنظيم ولي الأمر في دائرة بذاتها لباس الفتاة»، «لولي الأمر السلطة الكاملة التي يشرع بها الأحكام العملية في نطاقها، تحديداً لهيئة رداء المرأة أو ثيابها على ضوء ما يكون سائداً في مجتمعها بين الناس بما لا يصادم نصاً قطعياً»، الشريعة الإسلامية «تتوخى من ضبط ثياب المرأة إعلاء قدرها بما لا يوقعها في الحرج إذا اعتبر بدنها كله عورة مع حاجتها للخروج لمباشرة ما يلزمها من الأعمال التي تختلط فيها بالآخرين»، «ليس جائزاً أن يكون لباسها مجاوزاً حد الاعتدال ولا احتجاباً لكل بدنها ليضيق عليها اعتسافاً». بداية هذه العبارات تنطوي على تناقض بين في شأن الفهم الصائب للقطعي، فإذا كان ثمة حديث عن الرسول ﷺ يقرر الستر الكامل لبدن المرأة عدا وجهها وكفيها وينتهي إطلاقاً عن كشف غيرهما، وهو حديث قاطع الدلالة في ذلك دون ريب، مدعم بسنة فعلية عنه، اعتباراً بأن ذاك كان المظهر السائد في عهده ﷺ بالنسبة لنساء المسلمين كافة. فذلك جميعه إنما يعد تبياناً من قبل الرسول للآيات القرآنية المقررة: ﴿وَقُل لِّلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي أَخَوَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ ۖ وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ ۚ وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَ الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٣١﴾﴾ [النور]. ومن جانب آخر فقد تأكدت دلالة هذا، من إجماع أمة إجماعاً متواتراً عبر الأزمان على تعيين ثياب المرأة ولباسها

على نحو ما أبانه الرسول الكريم ﷺ، بحيث لا ينكشف منها سوى وجهها وكفيها - وزاد البعض قدميها مما هو موضع خلاف - فكيف نأتي بعد ذلك، ونقرر لولي الأمر سلطة كاملة، في أن يشرع من الأحكام ما يتحدد به هيئة رداء المرأة وثيابها، على ضوء ما يكون سائداً في مجتمعها بين الناس - على حد عبارة الحكم - وبما لا يصادم نصاً قطعياً. الأمر هنا ليس في شأن نص قطعي فحسب، وإنما بصدد مفهوم قطعي لهيئة ثياب المرأة ولباسها، مما ليس ثمة سبيل معه لمجاوزته أو الخروج عليه، بل ولا اجتهاد في شأنه مطلقاً. فالأحكام حاسمة في تقرير الأمر، وليس لولي الأمر من حق سوى الانصياع نزولاً على مقتضى هذه الأحكام القطعية. ولعل ما يفسر هذا الاضطراب الشديد في ذلك الحكم، مفهوم المحكمة للقطعي من الأحكام، الذي ينحصر لديها في النص القطعي الورود والدلالة فحسب، أما ما يتوصل إلى قطعيته بالتركيب الاجتهادي لنصوص متعددة بعضها ظني الدلالة وبعضها ظني الثبوت، مصحوب بإجماع الأمة، حيث يتقوى الحكم بهذا التعاضد إلى حد صيرورته قطعياً، فهذا خارج تقدير المحكمة. وهو عوار جسيم في تقدير المحكمة لمفهوم القطعي، ما كان لها أن تقع فيه. ومن جانب آخر، جرى الحكم بما يجاوز قليلاً المفاهيم الإسلامية الثابتة بلا خلاف، فالحكم يقرر أن الشريعة الإسلامية تتوخى ضبط ثياب المرأة إعلاءً لقدرها وبما لا يوقعها في الحرج إذ اعتبر بدنها كله عورة مع حاجتها للخروج لمباشرة ما يلزمها من أعمال، ويقرر أن سلطة ولي الأمر في تحديد هيئة رداء المرأة منضبطة بعدم مناقضتها المقاصد الشرعية. هذا جميعه غير صائب مجانب لصحيح الفهم لشرع الله فمن المقطوع به أن جسم الإنسان جميعه على الحرمة وليس على الإباحة، مما لا مجال فيه لاجتهاد، فالتحريم والوجوب شرعاً لا اجتهاد فيهما. وإن قلنا أن جسم الإنسان - رجلاً أو امرأة - على الحرمة، امتنع إطلاقاً تحريك هذه الحرمة إلى الإباحة أو إلى الندب. كما أن المقطوع به أن جسد المرأة تحديداً كله عورة عدا الوجه والكفين، فكيف يقال بأن الشريعة تتوخى ضبط ثياب المرأة شريطة ألا يضيق عليها في حاجتها للخروج لمباشرة ما يلزمها من أعمال، إذ كيف يمكن أن نُحكِّم الخروج لمباشرة الأعمال ونجعله ضابطاً في أمر حسمه الشرع بأحكام قطعية، فذلك من قبيل تغليب المصالح المتوهمة على المصالح الثابتة قطعاً بموجب أحكام قطعية. كما أنه من المقاصد الشرعية حفظ العرض، ومما هو ثابت أن مما يدخل في العرض عورات المسلمين، وتعيين مفهوم العورة مما قرره الشرع، لا ما نقرره نحن حسب حاجاتنا العملية المتوهمة. ومن جانب ثالث فالحكم يسوي ما بين مجاوزة الاعتدال في الملبس والاحتجاب الكامل لكل البدن، وهذا ما لم يقل به أحد من قبل، فكيف تتساوى الخلاعة والفجور مع شدة الحرص على التعفف التزاماً بنواهي الإسلام وأوامر الشرع الحنيف.

٢٦٢ ـ **ثالثاً: مخالفة المحكمة لأثر الإباحة الشرعية**: كذلك فإن ما انتهى إليه هذا القضاء من عدم مناقضة قرار وزير التعليم المطعون فيه، للمادة الثانية من الدستور المحكمة للشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الرئيسي للتشريع على القوانين واللوائح كافة، استوى بدوره مجانباً للصواب، إذ فضلاً عما سلف وذكرناه جميعه، فإن أمر احتشام المرأة فيما يزيد عن المقرر شرعاً، أي في الاحتجاب الذي يتجاوز الجسد بكامله إلى الوجه والكفين أيضاً هو مما يخص الإنسان في مجاله المحجوز له بالمستوى الارتكازي من هيكل مفهوم النظام العام. إذ يتعين هذا المستوى، في هذه المسألة، فيما يجب على المرأة ارتداؤه، بوصفه الحد الأدنى الذي لا يجوز عليها الانفلات منه إلى أقل منه، أما أمر الزيادة عليه فهو مما أباحه الله تعالى للإنسان، إباحة تجعله من حقوق العبد التي لا يجوز لولي الأمر الافتئات عليها والتدخل في شأنها. وبذلك يصير الحكم المشار إليه، وإذا ابتنى على فهم خاطئ لمفهوم القطعي، مجانباً الصواب فيما انتهى إليه، مخالفاً بذلك أحكاماً قطعية تعد من كليات الإسلام التي حكمها الدستور بموجب نص المادة الثانية منه على الأعمال التشريعية كافة قوانين أو قرارات لائحية.

٢٦٣ ـ **رابعاً: التناقض في منهج الحكم في الاجتهاد**: يتأصل منطق المحكمة الدستورية العليا، على أن النهج القويم من المشرع يستلزم في كل اجتهاد يأتيه، كفالة المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال، أي أن المحكمة وإن اعتدت بالمقاصد الشرعية، باعتبارها غاية مراد الشرع الحنيف، فإنها تمضي قدماً في مجال تفصيل هذه المقاصد حاصرةً إياها في الأمور الخمسة المتقدمة. هذا النهج وإن صح في شق، فلا يستمر على صحته في شقه الآخر. بداية، كيف تُحكِّم المحكمة المقاصد الشرعية على ذلك النحو الضابط إجمالاً لاجتهاد ولي الأمر لقطعيتها، حال كونها لا تعتد من القطعي إلا بما ورد نصاً فحسب، دون ما استقرئ اجتهاداً، وما المقاصد الشرعية إلا عمل اجتهادي صرف. ومن جهة أخرى، فإن من الواجب الانتباه إليه، ضرورة التمييز بين أصل مفهوم المقاصد الشرعية وحاكميتها الضابطة، وبين تفاصيل ومفردات هذه المقاصد ووجهاتها التي تروم صونها. فحال ينعقد الإجماع قطعياً على الأمر الأول، باعتبار أن ليس ثمة من ينكر على الشرع الحنيف استهدافه صلاح الناس وحسن عيشتهم في إطار من الالتزام الكامل بما يتحقق به الفلاح في الآخر، وذلك على النحو الذي ينحسم به أمر كون مصالح العباد في الدنيا مما هو مقطوع به. إلا أن الخلاف إنما يظهر عند تعيين أفراد هذه المقاصد وتفاصيل المصالح الكلية المبتغاة، إذ ثمة من يزيد على هذه المقاصد الخمس التي عينتها المحكمة، أخرى، وثمة من ينتقص منها، وثمة من يعيد ترتيبها على نحو مختلف فيغلب بعضها على بعض عند التعارض، وهكذا. وهذه جميعها أمور تباينت في شأنها الآراء،

مما استحال معه الجزم بقطعيتها. وعندئذ يتبقى لولي الأمر سلطان تعيينها حتى تصير بموجب أمره قطعية. الأمر الذي لم يحصل إلى الآن من قبله، مما كان يتعين معه على المحكمة التحفظ إزاء هذا الأمر والاقتصار فيما تورده من قطعي عن هذه المقاصد على مفهوم الكلي لهذه المقاصد دونما تزيد. خاصة أن ثمة من أوضاع الواقع الحديث، ما صار معه مستوجباً لتعيين مقاصد أخرى، وإلزام ولي الأمر بها، كما ذهب الشيخ الطاهر ابن عاشور، عند تعيينه لمقصدي الحرية والتعليم.

٢٦٤ ـ خامساً: عدم تحديد المحكمة إطاراً كلياً لنهجها الاجتهادي: يتأصل نظر المحكمة على أن الشريعة الإسلامية متطورة بالضرورة، نابذة للجمود لا يتقيد الاجتهاد فيها ـ فيما لا نص عليه ـ بغير ضوابطها الكلية، وبما لا يعطل مقاصدها، ومن ثم تقرر أنه ولئن جاز القول بأن الاجتهاد في الأحكام الظنية وربطها بمصالح الناس حق لأهل الاجتهاد، فأولى أن يثبت هذا الحق لولي الأمر، على أن يكون مفهوماً أن اجتهادات السابقين لا يجوز أن تكون مصدراً نهائياً أو مرجعياً وحيداً لاستمداد الأحكام العملية منها، بل يجوز لولي الأمر أن يشرع على خلافها بأن ينتظم شؤون العباد في بيئة بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة. هذا الذي تؤصل عليه المحكمة نهجها في الاجتهاد، وإن وصم بما سلف وذكرناه من عيب تجاهل قسائم القطعي أي القطعي من الأحكام المتوصل إليها اجتهاداً، فأنه يوصم بعيب آخر، ألا وهو تبنيها لنهج اجتهادي من دون أن تعمل على رسم إطاره الكلي، فلا يتبين من قضاء المحكمة ـ وهو كثير في هذا الخصوص ـ ضوابط محددة للاجتهاد، تلزم بها ولي الأمر وهو بصدد الاضطلاع بهذه المهمة الكأداء، أو تلزم بها نفسها وهي بصدد مراقبة عمل ولي الأمر في هذا الخصوص. فقد اكتفت بالتنويه إلى عدم جواز مخالفة الاجتهاد للقطعي ثبوتاً ودلالة، كونه لا اجتهاد إلا في إطار الظني، هذا من جانب. ومن آخر تشددت في وجوب التزام الاجتهاد المستجد مصالح الناس، فيجب أن يستوي ميسراً لهم رافعاً للمشقة عنهم. حال كون كلا الأمرين غير كاف ـ بل وغير صالح ـ كي يكون ضابطاً للعملية الاجتهادية. فالقول بألا اجتهاد في مورد القطعي، لا يفيد ضبطاً للعملية الاجتهادية، وإنما هو رسم للنطاق الذي تنشط فيه هذه العملية، واستبعاد لها عن مجالات تستعصي على هذا الاجتهاد، أي أنه لا يتعامل مع جوهر العملية الاجتهادية ولا يتفاعل مع آلياتها الذاتية في الفعل، وإنما يقرر لها ساحة النشاط فحسب، وهذا لا يصلح ضابطاً على الإطلاق. وأما القول بوجوب تحقيق الحكم المجتهد فيه مصالح الناس، بحيث يكون التيسير على الناس ورفع المشقة عنهم بما يتلاءم وواقعهم هو ضابط العمل الاجتهادي، فهذا بدوره مردود من أكثر من وجه. فليس ثمة حكم شرعي إلا ويبتغي صالح الناس ورفع الحرج عنهم، فذاك هو المقصد الشرعي الكلي من الرسالة

المحمدية، إلا أن مرد اختلاف حكم عن آخر في شأن مسألة معينة، إنما يكمن في المنهج الاستدلالي الذي سلكه كل فقيه للوصول إلى مبتغاه. ذلك أنه ولاختلاف المذاهب الفقهية في أصولها الاستدلالية، ومصادرها الشرعية التي تعتد بها، حصل اختلاف حتمي داخل الفقه فيما بلغه كل فقيه من أحكام بشأن الحوادث والنوازل نفسها دون أن يكون بالمكنة نسبة العيب لأي من هذه الأحكام، بل لم يحصل في التاريخ الفقهي الممتد عبر قرون طوال، أن رمى أحد، أحد الأحكام بعيب التشديد على الناس والتعسير عليهم، فلكل حكم منطقه الخاص ومنهجه المستقل، لذا فلا يكون داخل حقله المعرفي المجتهد من خلاله، غريباً أو متشدداً. وصفوة القول في هذا الخصوص، أن قياس حكم ما، والحكم على جدته وصلاحيته، لا يكون بالمعيار النفعي للمصلحة المتحققة من ورائه، وإنما يكون بمدى استقامته اجتهاداً وبمدى اتفاق مصدره الاستدلالي مع المصادر الاستدلالية المتبناة من قبل ولي الأمر، هذا من جهة. ومن أخرى فإن التعويل على اتفاق الحكم مع مصالح الناس، إنما هو لقياس عمل ولي الأمر، والحكم على صلاحيته هو للقول بالاستمرار في الاضطلاع بنظام الحكم، فمناط تحكم ولي الأمر في شؤون العباد، التزامه بالنهج الرباني الذي قرره له، من تحقيق لصالح الناس وحفظ لدينهم ودنياهم على نحو ما أمر المولى ﷻ ولذلك تقرر في القواعد المتفق عليها أن «تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة»[1]، ومن ثم فثمة خلط وقعت فيه المحكمة ما بين مناط صلاحية ولي الأمر كما تقرره السياسية الشرعية، ومناط صلاحية الحكم الفرعي الشرعي في مسألة معينة الذي تقرره مصادر الاستدلال ومناهجه المقررة. ومن جهة ثالثة، ليس ثمة ريب في نبل دعوة المحكمة للاجتهاد، باعتباره سبيل صلاح الناس، إلا أنها انساقت، وهي بصدد الدفاع عن دعوتها ـ في عبارات عديدة جرت عليها أحكامها ـ في سقطة الحط من قدر الآراء الفقهية المختلفة، حضاً على ضرورة تجاوزها إلى غيرها مما يمكن التوصل إليه بالاجتهاد المستجد من قبل ولي الأمر. وهي سقطة ما كان لها أن تقع فيها، إذ لا يخفي عليها ما للتراث الفقهي الذي تحط من قدره من أهمية بالغة، فهو ليس مجرد مجموعة من الأحكام الفرعية الجزئية في مسائل متباينة ناتجة عن وضع بيئي معين، يتعين ضرورة تعديلها بتبدل هذا الوضع البيئي. فالتراث الفقهي لكل مذهب من المذاهب، إنما هو ـ بحق ـ مستودع النهج الاستدلالي الذي يقوم عليه المذهب، فإذا كانت مناهج الاستدلال المقررة لكل مذهب ومصادرها الشرعية المعتمدة لديها ثابتة اعتباراً بكونها السبيل الوحيد لبلوغ الأحكام الفرعية الجزئية، فمن ثم لا بد من مدارسة هذه الأحكام، بل إنه

---

(١) العلامة الشيخ أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، بتحقيق ولده العلامة الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، ط الثانية، دار القلم بدمشق، ١٩٨٩، ص٣٠٩.

ليس ثمة من سبيل للإحاطة بهذه المناهج دون مراجعة تلك الأحكام الفرعية الجزئية وتخريجها على أدلتها الكلية. وهذه عمليات استدلال لا فكاك منها ولا مناص عنها إن شئنا الجد في معرفة حكم الشرع بشأن أمر ما. فالأمر ليس بسهولة الحط من التراث والحض على الانكفاء لإبداع فقه جديد، وإنما الأمر يستلزم مسبقاً إدراكاً واعياً ومعرفة قويمة، بمناهج الاستدلال المختلفة التي يمكن عن طريقها بلوغ المنتهى وإبداع فقه جديد.

المطلب الثاني

قضاء المحكمة الدستورية العليا في بعض من مواد الأحوال الشخصية

٢٦٥ ـ تمهيد: يستوجب الأمر بداية، وقبل العرض لقضاء المحكمة الدستورية العليا في مواد الأحوال الشخصية، التنبه إلى أن غالب ما عرض على هذه المحكمة من تلك المواد هو قواعد آمرة، وقليل منها ما يمكن الاعتداد به قواعد نظام عام، وإن كانت مما ينتمي إلى المستوى الفرعي لهيكل مفهوم النظام العام كما أسلفنا بالفصل الأول من الباب الثاني من هذه الرسالة. الأمر الذي يضحى معه، خارجاً عن نطاق هذه الدراسة مناقشة هذه الأحكام موضوعياً. إلا أن ثمة من هذه المواد الطعينة، مما راقبت المحكمة شأن دستوريته، وحاولت المحكمة تخريجه موضوعياً على أصل المبادئ الكلية التي يتشكل منها الكيان الضروري للجماعة أو على أصل من أصول الكيان الضروري للدولة، ومن ثم فقد اتصلت تلك الأحكام مفهوم النظام العام مما استوجب معه التعرض إلى نماذج منها ومحاولة دراستها تفصيلاً. والحق فقد صادف المحكمة صحيح الصواب في كثير مما قضت به في هذا الخصوص، رغم تحفظنا آنف البيان على الأصل المنهجى الذي تبعته المحكمة من وجهة الاستدلال الشرعي.

أولاً: الطعن على المادتين رقمي (١٨ مكرراً ثالثاً) و(٢٠ فقرة أولى) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥[1]: حيث ألزمت أولاهما الزوج المطلق بأن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم مسكناً مستقلاً مناسباً، وقررت ثانيهما انتهاء حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتي عشرة سنة، مجيزة للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشر والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة دون أجر حضانة، إذا ما تبين اقتضاء صالحهما ذلك. هاتان المادتان فيما تعالجانه من مصالح خاصة لا تعدوان كونهما قواعد آمرة، ينتظم بهما المشرع علاقات خاصة، فيحدد أي المصالح الخاصة المتعارضة أولى بالرعاية، وحدود هذه الرعاية، والحد الزمني الذي تمتد إليه هذه الرعاية في الاستمرار بتغليب مصلحة على أخرى. ويدعم مذهبنا ذاك في تعيين طبيعة المادتين المذكورتين،

---

(١) القضية رقم ٧ لسنة ٨ القضائية الدستورية، جلسة ١٩٩٣/٥/١٥، الجريدة الرسمية، العدد ٢٢ في ١٩٩٣/٦/٥.

أن ليس ثمة بطلاناً مطلقاً يلحق الاتفاق أو التصرف على مخالفة مقتضياتهما، فيجوز للحاضنة الاتفاق مع الزوج المطلق على عدم حضانة الصغار، ويجوز لها أيضاً النزول على مسكن الحضانة، وهذا جميعه مما يؤكد على الطبيعة الآمرة لما تتضمن المادتان من أحكام، دون أن ترتقيا لمصاف قواعد النظام العام.

بيد أن ذاك التكييف، هو قياس ظاهري للمادتين المعنيتين، قياس يعتمد كلياً على المعالم الخارجية لأحكامها، حال أن الأمر يتبدل جزئياً، إن تم سبر غور هاتين المادتين ودراسة حدود اتصالهما بالصالح الجمعي للجماعة. فحقيقة أمرهما، أنه لم يكن هدفهما الأوحد تعيين أي المصلحتين أولى بالتقدير، مصلحة الحاضنة أم مصلحة الزوج المطلق، وإنما كان هدفهما الأسمى «منع الخلاف بين الأب والحاضنة على نزع الحضانة في سن غير مناسبة بقصد النكاية دون رعاية لصالح الصغار، وما يقتضيه الاستقرار النفسي اللازم لسلامة نموهم وحسن تربيتهم»[١]. ذلك أن «الحضانة ـ في أصل شرعتها ـ هي ولاية للتربية، غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شؤونه في الفترة الأولى من حياته، والأصل فيها هو مصلحة الصغير، وهي تتحقق بأن تضمه الحاضنة ـ التي لها الحق في تربيته شرعاً ـ إلى جناحها باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه وصيانته، ولأن انتزاعه منها ـ وهي أشفق عليه وأوثق اتصالاً به وأكثر معرفة بما يلزمه وأوفر صبراً ـ مضرة به إبان الفترة الدقيقة التي لا يستقل فيها بأموره والتي لا يجوز خلالها أن يعهد به إلى غير مؤتمن يأكل من نفقته ويطعمه نزراً أو ينظر إليه شرراً. . . . . ولولي الأمر بالتالي أن يقدر ما يراه خيراً للصغير وأصلح له، بمراعاة أن حقه في الحضانة لا يعتبر متوقفاً على طلبها ممن له الحق فيها، وأن ما يصون استقراره النفسي ويحول دون إيذائه ويكفل تقويمه، من المقاصد الشرعية التي لا يجوز المجادلة فيها، وأن النزول عن الحضانة بعد ثبوتها لا يحول دون العودة إليها، بل أن من المجتهدين من يقول بجواز حمل الحضانة عليها ـ بافتراض اجتماع شروطها فيها ـ كلما كان ذلك ضرورياً لصيانة الصغير وحفظه ـ وقد دل الفقهاء ـ باختلافهم في زمن الحضانة وهي الفترة الواقعة بين بدئها وانتهاء الحق فيها ـ على أن مصلحة الصغير هي مدار أحكامها، وأنها من المسائل الاجتهادية التي تتباين الآراء حولها كل من وجهة يعتد فيها بما يراه أكفل لتحصيل الخير للصغير في إطار من الحق والعدل. . . . . إلا أن استقرار أقوال هؤلاء وهؤلاء يدل على أن اجتهاداتهم في شأن واقعة انتهاء الحضانة، مدارها نفع المحضون ـ صغيراً كان أم صغيرة ـ ويتعين بالتالي أن يصار إلى كل ما يصلحه ويكفل وقايته مما يؤذيه، وتربيته إنماء لمداركه ولإعداده للحياة»[٢]. الأمر الذي يبين معه، صواب ما بلغته المحكمة في قضائها، القائم على التمييز في مسألة دقيقة، ما

---

(١) الحكم السابق. (٢) ذات الحكم السابق.

بين كفالة الصغير وحمايته والحفاظ عليه، وبين آليات تحقيق هذه الأهداف، أي أن المحكمة أقامت تفرقة غاية في الدقة ما بين ابتغاء صالح الغير باعتباره أولى بالصون والرعاية، وبين الكيفية التي يمكن بها بلوغ هذه البغية، فأما الأمر الأول فعدته المحكمة من المقاصد الشرعية التي هي من القطعيات التي ليس ثمة فكاك من اعتبارها على القمة من مدارج المصالح الأولى بالرعاية، وأما الأمر الآخر فلا يعدو كونه قواعد قانونية آمرة ينتظم بها المشرع ـ ولي الأمر ـ هذا الشأن، فيقوم بفض التعارض الذي يمكن أن يحدث إزاء تعارض عدد من المصالح المرتبطة، وذلك على النحو الذي يوفر استعلاءً لمصلحة الصغير في كفالته الأولى بالرعاية. وعليه، ومما تقدم، يتبين أن المحكمة الدستورية العليا، وقد عدت كفالة الصغير وصونه من المقاصد الشرعية، أي قامت بتخريج هذه المصلحة تخريجاً شرعياً، وكانت المقاصد الشرعية من القطعيات حكماً[1]، بما تعد معه من الكليات الإسلامية التي يرتكز عليها النظم الإسلامي، وكانت هذه المرتكزات الإسلامية بحكم المادة الثانية من الدستور، هي جزء من المكون الضروري للدولة بعد أن كانت مرتكزاً للمكون الضروري للجماعة فحسب. فمن ثم ـ والحال هذه ـ، غدت كفالة الصغير والصغيرة طوال فترة الحضانة من النظام العام. أما أمر كيفية صون الصغير وتحقيق صالحه وتوفير أفضل حماية له، فانه إزاء عدم وجود أحكام قطعية حيالها، يصير لولي الأمر سلطة انتظام هذا الشان بما يراه أوقع في توفير الغاية القصدية، إذ «لولي الأمر الاجتهاد في الأحكام الظنية بمراعاة المصلحة الحقيقية التي يقوم برهانها من الأدلة الشرعية، وهو ما نحاه النص التشريعي المطعون فيه، ذلك أن السن الإلزامية للحضانة التي حددها ـ وهي عشر سنين للصغير واثنتا عشرة سنة للصغيرة ـ لا تعدو أن تكون تقريراً لأحكام عملية في دائرة الاجتهاد بما لا يصادم الشريعة الإسلامية في أصولها الثابتة ومبادئها الكلية، إذ ليس ثمة نص قطعي فيها ـ في ثبوته ودلالته ـ يقرر للحضانة سناً لا يجوز لولي الأمر أن يتخطاها، وإنما مرد الأمر في تعيينها إلى ما يترخص ولي الأمر في تقديره مقيداً في ذاك بمصلحة المحضون بما يراه أكفل لها وأدعى لتحقيقها وبما يحول دون إعناته، وهو في ذلك لا يصدر عن نظرة تحكمية، بل غايته رفع الحرج وفق أسس موضوعية قدر معها أن مصلحة المحضون

(١) ونقول قطعي حكماً، لأنها في حقيقتها، قسيم للقطعي على نحو ما قدمنا. وهنا ثمة ملاحظة منهجية على هذا الحكم، ذلك أنه إذا كان قد اعتبر مصلحة الصغير من المقاصد الشرعية، وكانت المحكمة وكما سلف، قد قيدت نفسها بأن هذه المقاصد هي حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، فتحت أي من هذه الأمور، يجري حفظ الصغير. والراجح لدينا أنه ما كان ليجوز للمحكمة أن تقيد نفسها بمفرداتٍ معينة حاصرة المقاصد بها، طالما أنه ليس ثمة إجماعاً حولها، حتى لا تتعرض لمثل هذا النقد بهذه الجزئية. إذ أنها لو لم تكن قد فعلت هذا، لما كان يمكن الوقوف أمام هذا الأمر بالملاحظة، ولكان غدا قضاءها حالتئذ صائباً إطلاقاً.

لازمها عدم ترويعه بانتزاعه من حاضنته بما يخل بأمنه واطمئنانه ويهدد استقراره»[١].
وعليه تكون المحكمة قد أصابت جادة الحق والصواب، بأن قررت ما في المادتين الطعينتين سالفتي الذكر من موافقة للمادة الثانية للدستور، وذلك بعد أن ردتهما إلى أصل شرعي مشترك بكل من المستوى الارتكازي لهيكل مفهوم النظام العام، فضلاً عن المستوى الفوقي له.

إلا أن هذا المتوصل إليه، من كون الحضانة هي بالأساس حقاً مقرراً للمكفول بالحضانة صوناً لصالحه وحماية لشأنه ورعاية لضعفه، ـ أقول ـ هذا المتوصل إليه، إنما يتداعى بآثاره، فيصيب أمراً كاد أن يكون مستقراً مفهومه، ألا وهو حق الحاضنة في النزول عن حضانتها وجواز الاتفاق مع الأب المطلق على ترك الحضانة له أو لغيره ممن تقرر لهم الحضانة شرعاً. إذ أنه طالما صارت الحضانة من النظام العام، فليس من سبيل للاختلاف حولها أو النزول عنها، خاصة أنها لم تتقرر لصالح المتنازل أو المتنازل له، وإنما هي لصالح الغير وهو الصغير، وعليه فإذا كان مقرراً شرعاً وقانوناً أن أصلح ما يكفل الصغير بقاؤه مع حاضنته المقررة شرعاً تعين حمل الحاضنة جبراً على ذلك ولو كرهت. وهنا يتبلور دور لولي الأمر ـ القضاء ـ إذ يكون جائزاً له رفع الصغار عن حضانة حاضنتهم إن تبدى له أن قرينة تحقق صالح الصغير باستبقائه مع حاضنته قد انتفت، لأي سبب من الأسباب، ومنها كرهها لحضانته الذي بلغ حد إهمالها إياه، بما يرفع القرينة المفترضة القائمة على تحقق مصلحة الصغير في يدها، وحالئذ يضحى واجباً على القاضي التدخل لإقامة اعوجاج الأمر، ومنح حضانة الصغير لمن تتقرر له الحضانة شرعاً من بعد حاضنته الأولى، وذلك نزولاً على حقيقة المقصد من الحضانة وهو كفالة الصغير وصونه وحفظ أمره وشأنه

٢٦٦ ـ ثانياً: ينبني على ما تقدم من فهم، في خاصة شأن الصغير المحضون، اعتباراً بأن كفالته مقصد شرعي، الأمر الذي فرض لزوماً حضانته على نحو معين شرعاً، وأبقاه هو وحاضنته بمسكن الزوجية إن لم يتمكن والده المطلق من أن يوفر له مسكناً مناسباً. ـ أقول ـ يترتب على هذا الفهم أن شغل صالح الصغير المحضون المستويين الارتكازي والفوقي من هيكل مفهوم النظام العام على نحو ما تقرر آنفاً، ما حدا بالمحكمة الدستورية العليا في شأن الطعن الذي أقيم أمامها في المادة (٨/ مكرراً ثانياً) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية[٢]، التي تقرر أن نفقة الصغير على أبيه، إن لم يكن له مال، بحيث يستمر

(١) ذات الحكم السابق.

(٢) القضية رقم ٢٩ لسنة ١١ القضائية الدستورية، جلسة ٢٦/ ٣/ ١٩٩٤، الجريدة الرسمية العدد ١٥ في ١٤/ ٤/ ١٩٩٣.

الأب ملتزماً بها حتى تتزوج البنت أو تكسب ما يكفي نفقتها، وإلى أن يتم الابن الخامسة عشر من عمره قادراً على الكسب، فإن أتمها عاجزاً عن هذا الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمر الأب ملزماً بنفقته. ـ أقول ـ هذا الذي تقدم حدا بالمحكمة المذكورة، إلى التأكيد على موافقة هذه الأحكام فيما تفرض من التزامات على الأب، أحكام الدستور، ومن ثم رفضت الطعن المقام، حيث قدرت المحكمة أنه «لا نزاع في أن نفقة الولد على أبيه لا يتحملها سواه ولا يشارك فيها غيره، ولئن صح القول بأن علاقة الشخص بذوي قرباه ـ من غير أبنائه ـ تقوم في جوهرها على مجرد الصلة ـ ولو لم تكن صلة محرمية ـ إلا أن الولد بعض من أبيه أو هو جزؤه الذي لا ينفصل عنه، وإليه يكون منتسباً فلا يلحق بغيره. . . وهذه الجزئية أو البعضية مرجعها إلى الولادة، وليس ثمة نفع يقابلها ليكون فيها معنى العوض، ومن ثم كان اختصاص الوالد دون غيره بالإنفاق على عياله ثابتاً لا جدال فيه، باعتبار أن الإنفاق عليهم كإنفاق الوالد على احتياجاته هو صوناً لحياته، ولأن عجزهم عن النظر لأنفسهم والقيام على حوائجهم يفرض بذاته نفقتهم التي لا يجوز لأبيهم أن يحجبها عنهم إعمالاً لقوله ﷺ: (كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يقوت) وإذا كان متعيناً على الوالد إيفاء نفسه حقها توقياً لإهلاكها، فإن سعيه لضمان مئونة أولاده ـ وهم بعض منه ـ يكون واجباً باعتبار أن الحاجة داعية إليه والمصلحة تقتضيه»[1]. بذلك تكون المحكمة قد قطعت بالتزام الأب بنفقة صغاره على النحو المقرر بالمادة الطعينة آنفة الذكر. إلا أن الأمر لم يقف عند ذلك، بل تعداه إلى ذهاب المحكمة الى عدم سقوط الحق في المطالبة بهذه النفقة ولو استطال أمد هذه المطالبة، ذلك أن «الأصل في الولد ـ إذا كان بالغاً عاجزاً عن الكسب ـ حقيقة أو حكماً ـ ألا يكون مغاضباً لأبيه أو عصياً حتى يتخلى عنه، فإن كان صغيراً فإن الإنفاق على أولى موالاة لشؤونه وإصلاحاً لأمره، وسواء كان الولد بالغاً أو كان صغيراً، فإن حبس النفقة عنه لمجرد مدة غير قصيرة على طلبها ـ لا يعدو أن يكون إعناتاً منطوياً على التضييق عليه بإنكار نفقة لازمة لحاجاته الضرورية المعجوز عن تحصيلها، ذلك أن الحقوق لا تنشأ إلا مترتبة على موجباتها التي يعكسها أن الولد ليس له مال يكفيه لسد الخلة ـ بمعنى دفع الحاجة ـ وبمقدار ما يكون من النفقة معروفاً، ولا يجوز بالتالي إسقاطها بعد قيام الحق فيها إلا بإيصالها إلى ذويها أو بالإبراء منها، ومجرد تراكمها عن مدة ماضية ليس كافياً بذاته لترجيح قالة العدول عنها، إذ هي نفقة شرعية تقتضيها الضرورة وبمراعاة أن مبلغها ليس سرفاً زائداً عما إعتاده الناس، وإن وجب ألا تقل عن حد الكفاية محدداً لأولاده على ضوء ما يليق بأمثالهم. ومن هذه الزاوية قيل بأن الوالد

---

(١) ذات الحكم المذكور.

وإن علا لا يحبس في دين لولده وإن سفل إلا في النفقة لأن في الامتناع عنها مع وجوبها ضياع لنفس مستحقها وإتلاف لها»[1]. وعليه فإن المحكمة برفضها إسقاط النفقة مهما استطال زمن المطالبة بها واستدلالها على ذلك بأن دين النفقة هو الدين الوحيد الذي يحبس الأب لأجله وفاء لدين عليه لولده، فإنها تكرس مفهوماً سبق أن أكدته سابقاً، ألا وهو أن كفالة الصغير المحضون مصلحة هي بحكم اللزوم شرعاً والوجوب وضعاً، الأولى بالرعاية والصون، ومن ثم هي من النظام العام. فإن كان ذلك كذلك، فبدهي ألا يجوز إسقاط الحق في المطالبة بهذه النفقة بمرور الزمن ومهما استطال أمده[2].

٢٦٧ ـ **ثالثاً**: قضاؤها بشأن لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس: يرتبط بما تقدم، قضاء للمحكمة الدستورية العليا، أحسبه في غاية الأهمية، تدليلاً على فهمها لأمر شأن الصغير داخل المنظومة القانونية المحيطة بهذا الشأن ومكانة صالحه مقارناً بباقي الصوالح الأخرى المتعلقة به، ذاك القضاء الذي أصدرته في الطعن الذي أقيم أمامها، بدعوى عدم دستورية المادة (١٣٩) من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس التي أقرها المجلس الملي وعمل بها اعتباراً من ٨/ ٧/ ١٩٣٨[3]، والتي كانت تقرر انتهاء الحضانة ببلوغ الصبي سبع سنوات وبلوغ الصبية تسع سنين، وحينئذ يسلم الصغير إلى أبيه وعند عدمه فإلى من له ولاية على نفسه، وإن لم يكن للصغير ولي، ترك عند الحاضنة إلى أن يرى المجلس من هو أولى منها باستلامه. حيث انتهت المحكمة بقضائها ذاك إلى عدم دستورية نص المادة الطعينة. مقيمة قضاءها بعد أن ردت فهمها لماهية الحضانة على نحو ما تقدم آنفاً، وبذات عباراتها التي أوردتها، غير قضاء سابق لها، على سند من أنه «لا تقيم الشريعة الإسلامية ـ في مبادئها المقطوع بثبوتها ودلالتها ـ ولا شريعة غير المسلمين من الأقباط الأرثوذكس ـ التي حدد الإنجيل المقدس ملامحها الرئيسية ـ لسن الحضانة تخوماً لا يجوز تجاوزها، انطلاقاً من أن تربية الصغير مسألة لها خطرها، وإن تطرق الخلل إليها ـ ولو في بعض جوانبها ـ مدعاة لضياع الولد، ومن ثم تعين أن يتحدد مداها بما يكون كاملاً لمصلحته، وأدعى لرفع المضرة عنه، وعلى تقدير أن مدار الحضانة على نفع المحضون، وأن رعايته مقدمة على

---

(١) ذات الحكم المذكور.

(٢) بيد أن هذا الذي ذهبت إليه المحكمة، وإن صادف استصواباً من قبلنا، يتبقى تساؤلاً عما إذا كانت المطالبة بهذا الدين لا تخضع البتة لأي مواعيد سقوط، كما هو مقرر إجمالاً على كافة صور المطالبات المطالبة، وهل مفاد هذا أن يتعدى بأثره إلى حد جعل كل دين ينتج عن وضع متصل مباشرة بأمر من أمور النظام العام، ليستعصي بحكم هذه الوضعية عن السقوط بالتقادم، وذلك تعميماً للقاعدة المقول بها في حق المطالبة بدين النفقة.

(٣) القضية رقم ٧٤ لسنة ١٧ القضائية الدستورية ـ جلسة ١/ ٣/ ١٩٩٧ ـ الجريدة الرسمية العدد ١١ في ١٣/ ٣/ ١٩٩٧.

أية مصلحة لغيره». «وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكانت الأسرة المصرية لا يصلحها اختيار سن للحضانة لا يكون محدداً وفقاً لتغير الزمان والمكان ولا يقيمها كذلك انتزاع الصغير أو الصغيرة من حاضنته إعناتاً أو ترويعاً، أو إغفال الفروق الجوهرية بين المحضونين تبعاً لذكورتهم وأنوثتهم، وخصائص تكوينهم التي تتحدد على ضوئها درجة احتياجهم إلى من يقومون على تربيتهم لمسئوليتها، وكان تعهد المحضون ـ صغيراً كان أم صغيرة ـ بما يحول دون الإضرار بهم، مؤداه أن يكون لحضانتهما، سن تكفل الخير لهما في إطار من الحق والعدل. وشرط ذلك اعتدالها فلا يكون قصرها نافياً عن حضانتهم متطلباتها من الصون والتقويم وعلى الأخص من الناحيتين النفسية والعقلية، ولا امتدادها مجاوزاً تلك الحدود التي تتوازن بها حضانتهم مع مصلحة أبيهم في أن يباشر عليهم إشرافاً مباشراً. بل تكون مدة حضانتهم بين هذين الأمرين قواماً، وهو ما نحاه المشرع بالفقرة الأولى من المادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ـ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ـ من أن حق حضانة النساء ينتهي ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة اثنتي عشرة سنة. ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشر والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة ـ ودون أجر حضانة ـ إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك. وحيث إن تحديد سن الحضانة على النحو المتقدم، وإن تعلق بالمسلمين من المصريين، إلا أن هذا التحديد أوثق اتصالاً بمصلحة الصغير والصغيرة للذين تضمهما أسرة واحدة وأن تفرق أبواها. ولا يجوز في مسألة لا يتعلق فيها تحديد السن بأصول العقيدة وجوهر أحكامها، أن يمايز المشرع في مجال ضبطها بين المصريين تبعاً لديانتهم، ذلك أن الأصل هو مساواتهم قانوناً ضماناً لتكافؤ الحماية التي يكفلها الدستور أو المشرع لجموعهم، سواء في مجال الحقوق التي يتمتعون بها أو على صعيد واجباتهم. والصغير والصغيرة ـ في شأن حضانتهما ـ يحتاجان معاً لخدمة النساء وفقاً لقواعد موحدة لا تميز فيها. والأسرة القبطية هي ذاتها الأسرة المسلمة، فيما خلا الأصول الكلية لعقيدة كل منهما، وتظلهم بالتالي القيم والتقاليد عينها، وإلى مجتمعهم يفيئون، فلا يكون تقيدهم بالأسس التي يقوم عليها ـ في مقوماتها وخصائصها ـ إلا تعبيراً عن انتمائهم إلى هذا الوطن واندماجهم فيه تربوياً وخلقياً ودينياً، وما الدين الحق إلا رحمة للعالمين».

٢٦٨ ـ **خلاصة**: يتبين مما سلف: (أ) أن المحكمة الدستورية العليا، قد كونت عقيدة في خصوص شأن الصغير المحضون، تفيد إعلاءً مقدراً لمصلحته يفوق المصالح الأخرى المرتبطة كافة، بحيث يغدو أمر كفالته على القمة من مدارج المشروعية القانونية الوضعية. وكان سبيل تكون هذه العقيدة، أمرين، أولهما ما استظهرته المحكمة استقراء من أحكام الشريعة الإسلامية، من أن كفالة الصغير المحضون وصونه وحمايته، إنما هو

من المقاصد الشرعية، ومن ثم يغدو أمر كفالته على هذا النحو، أمراً قطعياً لا مناص منه ولا فكاك عنه، وبذلك تكون المحكمة قد عدت كفالة الصغير من قواعد النظام العام التي تسكن المستوى الارتكازي لهذا المفهوم، كونها من موجبات المكون الضروري للجماعة. وأما ثاني الأمران، فهو ما استظهرته من المادة (١٠) من الدستور التي تقرر كفالة الدولة لحماية الأمومة والطفولة ورعاية النشء والشباب بتوفير الظروف المناسبة لهم لأجل تنمية ملكاتهم، وليس هناك حماية يمكن أن توجه لهؤلاء وهؤلاء أفضل من توفير أنسب الظروف لمن يكون منهم محضوناً بما يكفل صالحه خير كفالة، صوناً ورعاية وحفظاً وحماية. وهي أمور جميعها ارتأتها المحكمة مؤكدة في إفادة استعلاء صالح الصغير المحضون، ومنه غدت هذه المصلحة من النظام العام التي تسكن ـ فضلاً عن المستوى الارتكازي على ما تقدم ـ المستوى الفوقي المتعلق بكليات الدولة أيضاً، باعتبار أنها أحد المصالح العليا التي تنحو الدولة صوبها وترنو إلى توفير مقتضيات تحققها.

(ب) وبذلك صار من النظام العام الداخلي، قاعدة كلية تفيد أن حق الصغير المحضون هو دوماً الأولى بالرعاية، وهو المقدم مقارناً بالمصالح الأخرى المرتبطة كافة.

(ج) استظهرت المحكمة بالمسح الاستنباطي، لأحكام الشريعة الإسلامية كافة، أن ليس ثمة قاعدة قطعية ـ أو قسيمة للقطعي ـ يتحدد بها السن المقرر شرعاً للحضانة، الأمر الذي قدرت معه، دورانه مع مصلحة المحضون وهو ما يعهد به إلى ولي الأمر لتقديره على نحو ما يتحقق به المقصد المرنو إليه.

(د) فإذا كان ولي الأمر، قد قدر صالحاً للمحضون في استمرار وضع حضانته حتى سن العاشرة للصغير والثانية عشرة للصغيرة، مع جواز بقاء الصغير مع حاضنته حتى سن الخامسة عشر والصغيرة الى أن تتزوج، إن قدر القاضي صالحاً للمحضون في ذلك، فقد جرى استنباط المحكمة الدستورية العليا، على أن هذه الأحكام إنما تمثل قاعدة فرعية من قواعد النظام العام التي تسكن المستوى الفرعي الجزئي لهيكل المفهوم. وهي قاعدة نظام عـام وضعية، قدرها المشرع حسب سلطانه المقرر له في هذا الخصوص.

(هـ) فإذا كان ذلك كذلك، وجاءت لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس، مقررة لأحكام مخالفة لهذه القاعدة التي هي من النظام العام، غدا الأمر مستوجباً والقضاء بعدم دستوريتها لمخالفتها ليس فقط أحكام المادة (١٠) من الدستور على ما تقدم مصحوبة بالمادة (٤٠) منه التي تقرر المساواة بين جميع المصريين في كافة الحقوق، وإنما أيضاً لمخالفتها لقاعدة من قواعد النظام العام التي يبتني عليها النظام القانوني الوضعي للدولة.

الخاتمة

حاولت تلك الدراسة من خلال ما نهجته بأسلوب بحثها، تجاوز النزوع الحتمي في التأصيل القانوني، الذي لا يراعي سوى بُعد وحيد هو التفصيل العضوي للمكون الفكري. ذلك النزوع الذي وصم كثيراً من النشاط الفقهي المعاصر، بالتوقف في التحليل عند مرفأ التكوين العضوي للفكرة القانونية المبحوث فيها فحسب، دون التعامل مع الفكرة القانونية من حيث هي افتراض نظري حي يعكس مفهوماً اجتماعياً بمجال القانون و يستلزم نظرياً العرض لجملة العوامل الاجتماعية البيئية التي أثرت بشكل مباشر في نشأة المفهوم.

فكان مما اهتمت به الدراسة على المستوى المنهجي البحث في جملة العوامل التاريخية التي ولد مفهوم فكرة النظام العام في كنفها. وكذلك العوامل التي ساهمت في التطور الوظيفي للمفهوم، والقوى الاجتماعية التي تعاملت معه وظيفياً. الأمر الذي كان بمثابة البحث في سيرته الذاتية، مولده ونشأته وتطوره، وعناصر التأثير والتأثر التي ارتبط بها المفهوم، وانبنت علاقاته على أصل منها.

لذلك افتتحت الدراسة عملها في الباب الأول، بتثبيت مؤقت لماهية المفهوم عند النقطة التي استقر الفقه فيها عليه، باعتبار فكرة النظام العام مجموع القواعد القانونية التي تنتظم مصالح المجتمع السياسية والاجتماعية والاقتصادية والخلقية، حيث تتمتع تلك القواعد باستعلاء على باقي القواعد القانونية، لما تعبر عنه من حماية لأسس جوهرية يستقيم على أصلها نظام المجتمع. ومن خلال ذلك بدأ البحث، فيما إذا كانت النظم والشرائع القديمة قد عرف أياً من عناصر هذا المفهوم، وكذا بعض الشرائع القانونية التي شيدت على المنظومات الدينية السماوية، اليهودية والمسيحية. الأمر الذي استبان معه أنه وعلى مستوى ذاك الفهم الابتدائي للمفهوم، فثمة عناصر اتسم بها كثير من القواعد القانونية لتلك النظم المبحوث فيها، مما يمكن معه القول بمناظرتها لقواعد النظام العام، سواء من حيث الوجوب والإلزام القطعيين، أم من حيث صون أسس وقيم اجتماعية خاصة أو عامة.

ثم انتقلت الدراسة بذات الباب، إلى البحث في الأوضاع الفكرية والفلسفية التي عاصرت النشأة الفعلية لفكرة النظام العام في الفكر القانوني الأوروبي المعاصر. وهو

ما استلزم العرض في عجالة للوضعية الفكرية الأوروبية، نشأة وتطوراً منذ عهد توما الاكويني بمنتصف القرن الثالث عشر مروراً بعصور النهضة والإصلاح حتى عصر التنوير. كما عرضت الدراسة لأهم الظواهر الاجتماعية التي عاصرت نشأة المفهوم، من اختفاء قسري للدين من الساحة المجتمعية، اختفاءً أفلتت على أثره علاقات السلطة التي سادت ردحاً طويلاً من الزمن من عقاله، و كان هذا الاختفاء مصحوباً ببزوغ الدولة القومية على أصل من مفاهيم التنوير البورجوازية. بما استلزمه ذلك جميعه من إبداع نظم وآليات للحراك الفكري الاجتماعي الذي قادته الدولة. فكانت فكرة النظام العام أحدها، أداة قانونية تمكن الدولة من فرض إنساق قيمها ومفاهيمها على المجتمع كله.

ثم عرضت الدراسة في الباب الثاني، انطلاقاً من هذا الفهم، للحال القصدي لفكرة النظام العام، الذي هو في حقيقته، أداة الدولة لإحداث التغييرات القيمية الفلسفية بالمجتمع، ثم بعد ذلك أداتها لحفظ ذلك الذي قررته، بعد أن استقر بها الحال على إثر إعلان انتصارها التاريخي على جملة القوى المجتمعية القائمة. وفى ضوء المناط الوظيفي لفكرة النظام العام من حيث صون الأسس والكليات الاجتماعية في مواجهة الإطلاق الفلسفي الذي استقامت على هداه الحريات والحقوق وسلطان الإرادات، اتجهت الدراسة إلى تفكيك عناصرها. حيث استبان أنها مركب مفهومي من تكليف اقتضائي يرد حداً على جملة الإرادات ذات الأهلية ـ فردية أم جمعية، طبيعية أم اعتبارية، خاصة أم عامة ـ وهي بصدد تصرف قانوني، بغية إحداث آثار قانونية، بحيث يتعين إزاء مخالفة ذلك التكليف الاقتضائي إهدار تلك الإرادة كلياً منعاً لها من إحداث الأثر القانوني المرنو إليه.

ثم، انطلقت الدراسة في هذا الباب إلى محاولة إعادة تركيب ذلك المفهوم مجدداً، ولكن على أصل من التحليل المتقدم وفي ضوء مما يتعين أن يكون، وفق أولويات المصالح التي تحميها قواعد النظام العام. فاستقر الحال على الاعتداد بالقوى المجتمعية ومصالحها معياراً لتقرير تلك الأولويات المصلحية، فكانت مفردات صالح الفرد والجماعة سابقة على مفردات صالح الدولة. لذا توزعت قواعد النظام العام، في مجموعات، على هيكل مفهوم تلك الفكرة، الذي غدا مكوناً من مستويات متراتبة، تهيأت في المستوى الارتكازى القاعدي قواعد النظام العام التي تعكس مصالح الفرد والجماعة بأنساق قيمهما وكلياتهما، حال استقرت في المستوى الفوقي قواعد النظام العام التي تعكس مصالح الدولة بأسسها وأصولها، لينفرد المستوى الفرعي بتفاصيل أحكام القواعد النظامية شاغلة كل من المستويين السابقين. الأمر الذي انتهت معه الدراسة إلى تراتب تلك المستويات، على النحو الذي يتعين فيه ألا يخالف مستوىً سابقه الذي يتأصل عليه، فليس لقاعدة نظام عام تنتمي للمستوى الفوقي أن تخالف

قاعدة نظامية تنتمي للمستوى الارتكازى القاعدي، وليس لقاعدة فرعية مخالفة قاعدة ارتكازية أو فوقية. وذاك جميعه في ظل إدراك البحث للتباين بين ما يتعين أن يكون وما هو كائن فعلاً نتاج الاختلال في توازن القوى المجتمعية، اختلال كثيراً ما رجح عكسياً القواعد النظامية الفوقية على القواعد النظامية الارتكازية.

ثم عرضت الدراسة إلى الأوضاع الشرعية في الشريعة الإسلامية، في محاولة لاستشراف موقفها من مفهوم فكرة النظام العام. حيث استبان أن تكوينها الذاتي القائم على أصول الربانية والإنسانية، منضبط ابتداء بأصل الشرعة، فما من حق أو حرية، إلا وكان أساسها مقيداً، وهو ما لم تحتج معه إلى أداة شرعية خارجية، تقوم بوظيفة الضبط كحال فكرة النظام العام على المستوى القانوني الوضعي. الأمر الذي حدا بالدراسة إلى التطرق للإطار المرجعي الشرعي، الذي يشكل السياج المحيط ضبطاً بالنظم القانوني الشرعي، ذاك المكون لأصول الشرع التي لا فكاك منها إن شاءت أي إرادة لتصرفها أن يؤتي أكله. فكان أن وجدت في القطعيات النصية، وقسائم القطعيات أحكام تبلغ مصاف القطعي، بطريق الاجتهاد وتغليب ولي الأمر.

وأخيراً عرجت الدراسة صوب البحث التطبيقي، ناظرة إلى الموقف القضائي العام من مفهوم فكرة النظام العام وقواعدها والمستويات التي تتوزع عليها تلك القواعد، وذلك من حيث موقف القضاء الدستوري وقضاء المشروعية، وموقف قضاء القانون الدولي الخاص من مفهومي الجنسية وتنازع القوانين، وأخيراً موقف القضاء ذي الولاية على منازعات الأحوال الشخصية.

وتخلص الدراسة إلى أن:

(١) مفهوم فكرة النظام العام ارتبط من حيث النشأة بحدثين جللين، أولهما الاختفاء القسري لدور الدين من ساحة الحراك الاجتماعي، هذا الاختفاء الذي كان من شأنه أن غاب الضابط الداخلي للتصرفات. وثانيهما ظهور الدولة وفق النظم الفكري الحر، حيث الإطلاق في سلطان الإرادة ومكنات الحقوق والحريات، على النحو الذي استلزم إيجاد أداة قانونية يوكل إليها دور الضبط الخارجي، فتكون حداً على الإرادة من خارجها وهي بصدد التصرف القانوني.

(٢) فكرة النظام العام من حيث أصل النشأة فكرة مرتبطة كلياً بالدولة، ومن ثم فهي أداة بيدها للسيطرة على الجماعة، ومفاهيم الحراك الاجتماعي، من أنساق قيمية وفلسفية، حيث تنحت الجماعة جانباً خارج إطار الشرعية، بفعل من تلك الفكرة وغيرها من الأفكار القانونية، لتنفرد الدولة وحدها به، و يصبح مشروعاً إلا ما تراه الدولة كذلك وحسب.

(٣) على المستوى الشرعي الإسلامي لم تكن الحاجة تثور لمثل تلك الأدوات

القانونية، للبناء المنظومي القائم على مفاهيم الانضباط الذاتي وفق أصل الشرعة.

(٤) كان للقضاء دور مهم، على الرغم من كل ما قد يؤخذ عليه من مآخذ فنية، في إعادة توظيف فكرة النظام العام من خلال الرؤى الجمعية، متمكناً لحد بعيد من تقييد قواعد النظام العام الفوقية بمقتضيات قواعد النظام العام الارتكازية.

وبذلك اختتم هذا العمل، فضلاً من الله ونعمه

والله ولي التوفيق فهو حسبنا ونعم الوكيل

محتويات الكتاب

الباب الثاني
فكرة النظام العام من الناحية التأصيلية
(تاصيل فكرة النظام العام)

الموضوع	نبذة	الصفحة

الباب الثالث

فكرة النظام العام من الناحية التطبيقية